
L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse

José Woehrling*

L'obligation d'accommodement (ou d'adaptation) oblige, dans certains cas, l'État, les personnes et les entreprises privées à modifier des normes, des pratiques ou des politiques légitimes et justifiées, qui s'appliquent sans distinction à tous, pour tenir compte des besoins particuliers de certaines minorités, principalement les minorités ethniques et religieuses.

Le concept d'accommodement raisonnable a d'abord été élaboré à partir du principe d'égalité par les tribunaux spécialisés des droits de la personne chargés d'appliquer les lois relatives aux droits de la personne. Dans ce cadre, l'obligation d'accommodement s'applique principalement en matière de relations d'emploi et de fourniture de biens et de services destinés au public, et elle vise les organismes gouvernementaux et les entreprises privées auxquels la loi s'applique. Elle les oblige à faire un effort pour tenter d'adapter leurs normes et politiques aux croyances et pratiques religieuses avec lesquelles celles-ci entrent en conflit, à moins que l'adaptation requise n'entraîne une contrainte excessive.

L'obligation d'accommodement peut également découler du droit à l'égalité et de la liberté de religion garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* et par la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. Elle s'impose alors au législateur et à l'autorité réglementaire qui devront prévoir des exceptions pour permettre les pratiques religieuses qui seraient autrement contrariées ou empêchées par l'application de leurs normes. Si une disposition législative ou réglementaire ne respecte pas cette obligation d'adaptation, elle devra être invalidée ou, si les circonstances le permettent, reformulée par les tribunaux de façon à y ajouter l'exception ou l'adaptation requise, à moins qu'on ne puisse démontrer que la disposition telle qu'adoptée par le législateur constitue déjà le moyen le moins restrictif pour atteindre un objectif social important.

On reproche à l'accommodement raisonnable (tout comme à la politique du multiculturalisme) de favoriser la ghettoïsation des minorités et de fragmenter l'identité nationale. Au contraire, pour les défenseurs des politiques pluralistes et multiculturelles, la reconnaissance de la différence et les adaptations qui sont consenties aux minorités faciliteront le plus souvent, à moyen et à long terme, leur intégration harmonieuse, même si, à court terme, ces politiques peuvent avoir pour effet de souligner certains traits et comportements particuliers de ces groupes.

The duty to accommodate requires the State and private persons or corporations to alter standards, practices and policies that are legitimate and applied equally to everyone, in order to adapt them to the specific needs of certain groups, in particular ethnic and religious minorities.

This duty has first been developed — as the proper remedy in cases of indirect discrimination — by the specialized human rights tribunals that apply provincial, territorial and federal human rights acts. In this context, the right to reasonable accommodation exists mainly in the area of employment and with respect to the provision of services, goods and facilities. The duty requires governmental bodies and private persons or companies to change their rules and policies in order to accommodate the needs of those whose right to equality has been infringed, unless the needed accommodation would impose undue hardship.

The duty to accommodate can also result from the right to equality and freedom of religion guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*. It then imposes on the legislature and on bodies enacting regulations an obligation to accommodate the special needs of minorities in order to allow religious practices that would otherwise be prohibited or hindered by the effect of neutrally phrased and applied legislation. If a legislative measure does not contain the proper exemption, it must be struck down or, if circumstances allow, it will be “reconstructed” by the courts so as to include the needed accommodation. When applied to legislative acts or delegated legislation, the limits of the duty to accommodate must be assessed under section 1 of the *Canadian Charter*. No accommodation will be required if it can be shown that the legislative measure, as adopted, already uses the least restrictive means for attaining an important social objective.

The duty to accommodate has been criticized (as has the multiculturalism policy) for encouraging the ghettoïsation of minorities and for fragmenting the national identity. On the other hand, proponents of the duty and of other measures aimed at furthering cultural diversity are convinced that the recognition of minorities and the accommodation of their differences will, in the long run, facilitate rather than prevent their organic integration into the mainstream of society.

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. L'auteur remercie le Professeur Daniel Proulx pour ses commentaires et suggestions.

© Revue de droit de McGill

McGill Law Journal 1998

Mode de référence : (1998) 43 R.D. McGill 325

To be cited as: (1998) 43 McGill L.J. 325

Introduction

I. L'obligation d'accommodement fondée sur le droit à l'égalité dans le cadre des lois relatives aux droits de la personne

- A. *L'obligation d'accommodement, corollaire de l'interdiction de la discrimination indirecte*
- B. *Les principaux domaines d'application de l'accommodement raisonnable : les relations de travail et la fourniture de biens et de services au public*
- C. *Les moyens de défense opposables à l'obligation d'accommodement raisonnable*
 - 1. Le caractère rationnel de la politique, de la règle ou de la norme contestée
 - 2. L'effort d'accommodement
 - 3. Le caractère excessif de la contrainte
 - a. *Le coût de l'accommodement recherché*
 - b. *L'entrave induite à l'exploitation de l'entreprise ou au bon fonctionnement du service*
 - c. *Les droits d'autrui*

II. L'obligation d'accommodement fondée sur le droit à l'égalité et la liberté de religion dans le cadre de la *Charte canadienne des droits et libertés* et de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec

- A. *La transposition de l'obligation d'accommodement dans le domaine de l'activité législative et réglementaire*
 - 1. L'invalidation ou la reformulation judiciaire des normes qui créent une discrimination religieuse indirecte
 - 2. Les limites de l'obligation d'accommodement : l'application des clauses limitatives des deux Chartes
 - a. *L'article 1 de la Charte canadienne*
 - b. *L'article 9.1 de la Charte québécoise*
- B. *Le parallélisme entre la liberté de religion et l'interdiction de la discrimination religieuse*
- C. *L'obligation d'accommodement fondée sur la liberté de religion*
 - 1. Les éléments constitutifs de la liberté de religion : le droit au libre exercice et l'obligation de neutralité de l'État en matière religieuse
 - 2. L'obligation d'accommodement comme élément constitutif du droit au libre exercice
 - 3. Les contradictions susceptibles de surgir entre l'obligation d'accommodement et l'obligation de neutralité

D. Les conditions à remplir pour invoquer la liberté de religion afin d'obtenir un accommodement

1. La nature des convictions, croyances et pratiques protégées
2. L'existence des préceptes invoqués et la sincérité de la personne qui les invoque
3. L'effet de la norme ou de la pratique contestée sur les croyances

Conclusion

Introduction

La composition de la population canadienne et québécoise se diversifie de plus en plus sur les plans culturel et religieux. Ce phénomène résulte des changements apportés à la politique d'immigration depuis une quinzaine d'années : pendant longtemps, les immigrants sont surtout venus d'Europe ; aujourd'hui, ils sont essentiellement originaires d'Asie, d'Afrique et des Caraïbes¹. L'arrivée de personnes d'origines très diverses soulève évidemment le problème de leur intégration. Les pratiques religieuses et les habitudes culturelles des nouveaux immigrants sont parfois difficiles à concilier avec les normes communément acceptées par la société québécoise et canadienne. Pour maintenir leurs traditions et leur identité, les groupes ethnoculturels nouvellement installés multiplient donc les demandes d'accommodement, c'est-à-dire de modification ou d'ajustement des règles généralement applicables, pour les adapter à leur situation spécifique. Il en résulte une complexité croissante de la gestion de la diversité ethnoculturelle et religieuse, autant pour les organismes publics que pour les entreprises privées. Pour ces deux catégories d'organisations, le défi est de s'adapter aux nouvelles caractéristiques culturelles et religieuses de leur clientèle et de leurs employés.

Dans ce contexte, l'obligation d'accommodement (ou d'adaptation) raisonnable constitue un instrument de maintien des identités particulières et de gestion de la diversité ethnoculturelle. En effet, l'obligation d'accommodement oblige dans certains cas l'État et les personnes ou entreprises privées à modifier des normes, des pratiques ou des politiques légitimes et justifiées, qui s'appliquent sans distinction à tous, pour tenir compte des besoins particuliers de certaines minorités, surtout ethniques et religieuses.

L'obligation d'accommodement peut être principalement fondée sur le droit à l'égalité et la liberté de religion. En fait, le concept d'accommodement raisonnable a d'abord été élaboré, à partir du concept d'égalité, par les tribunaux spécialisés appliquant les lois relatives aux droits de la personne adoptées par les législatures canadiennes. Ces lois ont essentiellement pour but d'interdire la discrimination. Dans le cadre des lois sur les droits de la personne, l'obligation d'accommodement s'applique principalement dans le domaine des relations d'emploi et dans celui de la fourniture de biens et de services destinés au public. Elle vise les organismes gouvernementaux et les entreprises privées auxquels la loi — fédérale, provinciale ou territoriale — s'applique. Elle les oblige à faire un effort pour tenter d'adapter

¹ En 1996, dix pays fournissaient au Canada un peu plus de la moitié de ses immigrants (125 563 sur un total de 224 050, soit 56%) : Hong Kong (29 871) ; Inde (21 166) ; Chine (17 479) ; Taiwan (13 165) ; Philippines (12 923) ; Pakistan (7 724) ; Sri Lanka (6 117) ; États-Unis (5 789) ; Iran (5 770) ; Royaume-Uni (5 559). Par rapport à une population de 28,8 millions d'habitants, le nombre des nouvelles admissions chaque année représente 0,7% de la population. Voir Gestion et technologie de l'information et Politiques, planification et recherche stratégique de Citoyenneté et Immigration Canada, *Faits et chiffres 1996*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1997, en ligne : Citoyenneté et Immigration Canada, <http://Canada.metropolis.globalx.net/research-policy/f&ff/cover_f.html> (date d'accès : 29 juin 1998).

leurs normes et politiques aux croyances et pratiques religieuses avec lesquelles celles-ci entrent en conflit, à moins que l'adaptation requise n'entraîne une contrainte excessive. Les principes développés par les tribunaux des droits de la personne en matière d'accommodement raisonnable ont été repris et entérinés par les tribunaux judiciaires, y compris la Cour suprême du Canada.

L'obligation d'accommodement peut également découler du droit à l'égalité et de la liberté de religion garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*² et par la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec³. Elle s'impose alors généralement au législateur et à l'autorité réglementaire qui devront prévoir des exceptions pour permettre les pratiques religieuses qui seraient autrement contrariées par l'application de leurs normes. Si une disposition législative ou réglementaire ne respecte pas cette obligation d'adaptation, elle devra être invalidée ou, si les circonstances le permettent, reformulée par les tribunaux de façon à y ajouter l'exception ou l'adaptation requise à moins que la disposition contestée ne constitue déjà le moyen le moins attentatoire pour atteindre un objectif social important.

Même si l'obligation d'accommodement peut se fonder autant sur la *Charte canadienne* et la *Charte québécoise* que sur les lois relatives aux droits de la personne, les tribunaux semblent avoir plus de réticences à l'imposer au législateur et à l'autorité réglementaire qu'aux employeurs et aux fournisseurs de biens et de services publics ou privés. Cela tient sans doute au fait que les concepts élaborés dans le domaine des relations de travail et dans celui de l'accès aux biens et aux services ne sont pas toujours faciles à transposer dans le cadre du contrôle judiciaire de la législation.

I. L'obligation d'accommodement fondée sur le droit à l'égalité dans le cadre des lois relatives aux droits de la personne

Dans le cadre des lois relatives aux droits de la personne, la Cour suprême du Canada, reprenant en cela la jurisprudence des tribunaux sur les droits de la personne, a très clairement fait découler l'obligation d'accommodement raisonnable du droit à l'égalité et de l'interdiction de la discrimination, particulièrement la discrimination indirecte. Jusqu'à présent, les arrêts de la plus haute cour canadienne sur cette question ont toujours porté sur les relations de travail, mais la jurisprudence des tribunaux spécialisés montre que l'obligation d'accommodement existe dans tous les domaines d'activité visés par les lois sur les droits de la personne, notamment celui de la fourniture de biens et de services. Après avoir examiné le fondement et le domaine d'application de l'obligation d'accommodement, nous verrons que ses limites s'expriment dans le concept de «contrainte excessive».

² Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après *Charte canadienne*].

³ L.R.Q. c. C-12 [ci-après *Charte québécoise*].

A. L'obligation d'accommodement, corollaire de l'interdiction de la discrimination indirecte

Tant au Québec qu'ailleurs au Canada, la doctrine⁴ et la jurisprudence considèrent que le fondement juridique de l'obligation d'accommodement raisonnable est d'abord constitué par le principe d'égalité et que l'obligation s'applique surtout dans les cas de discrimination indirecte. Elle n'a pas à être prévue expressément par le législateur, elle fait partie intégrante du concept d'égalité. C'est ce qu'illustre la première décision dans laquelle la Cour suprême a reconnu l'existence de l'obligation d'accommodement, l'affaire *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpson-Sears Limited*⁵. La Cour l'a fait découler du *Code des droits de la personne de l'Ontario*⁶ qui, à l'époque, ne la prévoyait pas expressément. Parlant au nom de la Cour, le juge McIntyre écrit :

Dans un cas de discrimination fondée sur la croyance et résultant de l'effet d'une condition ou d'une règle qui est raisonnablement liée à l'exécution des fonctions et qui n'est pas discriminatoire à première vue, [...] [l]a règle ou la condition de travail n'est pas annulée, mais son effet sur le plaignant doit être étudié et si l'on veut mettre en application l'objet du *Code ontarien des droits de la personne* un accommodement quelconque s'impose de la part de l'employeur au profit du plaignant⁷.

[...]

Le Code confère le droit de ne pas être victime de discrimination dans son emploi. 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 protéger. [...] Dans le présent cas, conformément aux dispositions et à l'objet du

⁴ Pour la doctrine relative à la *Charte québécoise*, voir notamment P. Carignan, «L'égalité dans le droit : une méthode d'approche appliquée à l'article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne» (1987) 21 R.J.T. 491 aux pp. 530-31 ; P. Bosset, *La discrimination indirecte dans le domaine de l'emploi : aspects juridiques*, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1989 aux pp. 101-03 ; M. Caron, «Les concepts d'égalité et de discrimination dans la *Charte québécoise* des droits et libertés de la personne» dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit administratif* (1993), Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1993 à la p. 39 et s., 57 ; D. Proulx, *La discrimination dans l'emploi : les moyens de défense*, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1993 à la p. 122. Pour la doctrine relative aux lois sur les droits de la personne des autres provinces, voir notamment M.D. Lepofsky, «The Duty to Accommodate: A Purposive Approach» (1992) 1 Can. Lab. L.J. 1 aux pp. 1, 2, 11, 18, 19 ; D. Gibson, *The Law of the Charter: Equality Rights*, Scarborough, Carswell, 1990 aux pp. 133-36.

⁵ [1985] 2 R.C.S. 536, 23 D.L.R. (4^e) 321 [ci-après *O'Malley* avec renvois aux R.C.S.]. Dans cette affaire, la Cour a jugé que la plaignante, Mme O'Malley, à laquelle sa religion prescrivait l'observance stricte du sabbat à partir du coucher du soleil le vendredi jusqu'au coucher du soleil le samedi, était victime de discrimination indirecte fondée sur la religion du fait que son employeur insistait pour la faire travailler le vendredi soir et le samedi. Ce dernier ne s'était pas acquitté de son obligation, soit en lui offrant un accommodement raisonnable en modifiant ses horaires de travail, soit en démontrant qu'un tel arrangement entraînerait pour lui une contrainte excessive.

⁶ L.R.O. 1980, c. 340. Depuis cette époque, le code ontarien a été modifié à quelques reprises. En vertu de modifications qui lui ont été apportées en 1986, il prévoit désormais l'obligation d'accommodement raisonnable de façon expresse ; voir *Code des droits de la personne*, L.R.O 1990, c. H.19, art. 11, 24.

⁷ *O'Malley*, *supra* note 5 à la p. 552, juge McIntyre.

Code ontarien des droits de la personne, le droit de l'employé exige que l'employeur prenne des mesures d'accommodement raisonnables⁸.

Dans une décision postérieure, l'affaire *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*⁹, la Cour suprême a clairement réaffirmé que l'obligation d'accommodement raisonnable découle du principe d'égalité prévu à l'article 10 de la *Charte québécoise*, selon lequel il y a discrimination «lorsqu'une [...] distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit [le droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne]»¹⁰ :

Pour qu'il y ait égalité et équité véritables en milieu de travail, quelles que soient les croyances religieuses des employés, il va de soi que l'employeur doit être tenu de prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec les employés lésés par les règles en matière d'emploi. Cela est essentiel à la réalisation de l'objet des lois en matière de droits de la personne. [...] Ce principe [l'accommodement raisonnable] est si important que le juge McIntyre a indiqué, au nom de notre Cour à l'unanimité, dans l'arrêt *O'Malley* [...] qu'une mesure d'accommodement raisonnable fait partie intégrante du droit à l'égalité¹¹.

Comme nous l'avons déjà souligné, l'obligation d'accommodement raisonnable n'existe pas seulement en matière de relations de travail ; elle peut apparaître dans tous les domaines d'activité visés par les lois relatives aux droits de la personne. En outre, elle n'est pas limitée aux cas de discrimination religieuse : ceux fondés, par exemple, sur le handicap, le sexe ou la grossesse peuvent également donner lieu à une telle obligation¹².

Comme l'illustrent les deux décisions de la Cour suprême mentionnées précédemment, c'est dans les cas de discrimination indirecte, ou discrimination par suite d'un effet préjudiciable, que l'obligation d'accommodement raisonnable apparaît d'habitude. Alors que la discrimination directe est celle qui repose ouvertement sur un motif prohibé de distinction, la discrimination indirecte découle d'une règle

⁸ *Ibid.* aux pp. 554-55, juge McIntyre.

⁹ [1994] 2 R.C.S. 525, 115 D.L.R. (4^e) 609 [ci-après *Bergevin* avec renvois aux R.C.S.]. Dans cette affaire, la Cour est arrivée à la conclusion que le calendrier scolaire fixant l'horaire de travail des enseignants, qui faisait partie de la convention collective liant la commission scolaire intimée, dans la mesure où il ne prévoyait pas de congé payé le jour du *Yom Kippour*, avait un effet discriminatoire indirect à l'égard des enseignants de religion juive, ceux-ci devant prendre une journée de congé pour célébrer leur fête religieuse. Tenant compte du fait que la convention collective prévoyait en l'espèce la rémunération de l'enseignant qui s'absente pour diverses raisons et que dans le passé les absences rémunérées incluaient la célébration du *Yom Kippour*, la Cour a jugé que l'employeur n'avait pas réussi à faire la preuve que le fait d'accommoder les intéressés, en leur permettant de prendre un jour de congé payé pour célébrer le *Yom Kippour*, lui imposerait une contrainte excessive. Par conséquent, il ne s'était pas acquitté de son obligation d'accommodement raisonnable. La Cour suprême a donc renversé la décision de la Cour d'appel (voir (1992), 48 Q.A.C. 34, 97 D.L.R. (4^e) 661) qui était majoritairement arrivée à la conclusion qu'il n'y avait pas de discrimination, et a rétabli la décision du Tribunal d'arbitrage, qui avait décidé que l'intimée devait payer les enseignants de religion juive qui s'étaient absents le jour du *Yom Kippour*.

¹⁰ *Charte québécoise*, *supra* note 3.

¹¹ *Bergevin*, *supra* note 9 à la p. 544, juge Cory.

¹² Voir par ex. la *Charte québécoise*, *supra* note 3, art. 10.

«neutre», c'est-à-dire qui s'applique de la même façon à tous, mais qui produit néanmoins un effet discriminatoire sur un seul groupe de personnes en ce qu'elle leur impose des obligations ou des conditions restrictives. Une norme ou une politique directement discriminatoire sera invalidée ou annulée, à moins qu'elle puisse être considérée comme raisonnable (ou, en matière de relations de travail, qu'il ne s'agisse d'une exigence professionnelle justifiée¹³). Par contre, une norme indirectement discriminatoire sera le plus souvent considérée comme raisonnable, si bien qu'il n'y aura pas de raison de l'annuler. Le corollaire de l'interdiction de la discrimination indirecte consiste plutôt en une obligation d'accommodement, c'est-à-dire un devoir pour celui qui est à l'origine de la discrimination de prendre tous les moyens raisonnables pour soustraire les victimes de la discrimination indirecte aux effets de celle-ci.

Il existe depuis une dizaine d'années une controverse doctrinale et jurisprudentielle pour savoir s'il peut également y avoir obligation d'accommodement raisonnable dans certains cas de discrimination directe, lorsque celle-ci est considérée comme justifiée. Par exemple, lorsqu'une politique d'emploi est ouvertement fondée sur un motif prohibé de distinction (par exemple, la retraite obligatoire à un certain âge), mais que l'employeur réussit à démontrer qu'il s'agit d'une exigence professionnelle justifiée (*bona fide occupational requirement*), celui-ci se trouve-t-il dès lors dégagé de toute obligation ou doit-il néanmoins s'efforcer d'accommoder les employés touchés par la politique en cause ? De nombreux auteurs¹⁴, ainsi qu'un certain courant jurisprudentiel chez les tribunaux spécialisés¹⁵, considèrent aujourd'hui que les moyens de défense invocables devraient être essentiellement les mêmes, qu'il s'agisse de discrimination directe ou de discrimination indirecte. Dans cette optique, l'obligation d'accommodement raisonnable qui s'applique en matière de discrimination indirecte serait, à toutes fins pratiques, identique à l'obligation de rechercher une autre solution raisonnable qui existe en cas de discrimination directe et qui fait partie des critères à appliquer pour établir la défense d'exigence professionnelle justifiée¹⁶.

Par contre, la jurisprudence de la Cour suprême sur ce point est hésitante et plutôt confuse. Alors que cette cour avait jugé, dans l'affaire *O'Malley*¹⁷, que

¹³ Voir *Charte québécoise, ibid.*, art. 20. Cette disposition utilise l'expression «aptitudes ou qualités requises par un emploi».

¹⁴ Voir notamment Proulx, *supra* note 4 à la p. 109 et s. ; D. Proulx, «L'accommodement raisonnable, cet incompris : commentaire de l'arrêt *Large c. Stratford*» (1996) 41 R.D. McGill 669 à la p. 683 et s. [ci-après «L'accommodement raisonnable»]; Lepofsky, *supra* note 4 à la p. 16 et s. ; K. Watkin, «The Justification of Discrimination under Canadian Human Rights Legislation and the *Charter*: Why So Many Tests?» (1993) 2 N.J.C.L. 63 à la p. 87 et s. ; P. Horwitz, «The Sources and Limits of Freedom of Religion in a Liberal Democracy: Section 2(a) and Beyond» (1996) 54 U.T. Fac. L. Rev. 1 à la p. 62.

¹⁵ Pour un exemple de décision dans laquelle on adopte la théorie de l'unité du régime de défense en matière de discrimination directe et indirecte, voir l'affaire *Thwaites c. Forces armées canadiennes* (1993), D.T. 9/93 (T.C.D.P.). Voir également les décisions citées dans Proulx, «L'accommodement raisonnable», *ibid.* à la p. 700, n. 111.

¹⁶ Dans la *Charte québécoise, supra* note 3, cette défense est prévue à l'art. 20 («aptitudes ou qualités requises par un emploi»).

¹⁷ *Supra* note 5.

l'obligation d'accommodement raisonnable fait partie intégrante du droit à l'égalité et de l'interdiction de la discrimination, elle décidait la même année dans l'arrêt *Bindher c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*¹⁸, que si l'employeur réussissait à démontrer qu'une politique entraînant une discrimination indirecte pour des motifs religieux constituait une exigence professionnelle justifiée, il était libéré de toute obligation d'accommodement. Par la suite, dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (H.R.C.)*¹⁹, au nom d'une majorité de quatre juges contre trois, la juge Wilson a retenu un point de vue consistant à distinguer la défense en matière de discrimination directe de celle qui s'applique en matière de discrimination indirecte : ce n'est que dans le deuxième cas qu'il y aurait obligation d'accommodement raisonnable, le premier cas relevant uniquement de la défense d'exigence professionnelle justifiée²⁰. Par contre, dans le même arrêt, le point de vue défendu par le juge Sopinka, en dissidence, revient à considérer que le moyen de défense de l'exigence professionnelle justifiée est le même qu'il s'agisse de discrimination directe ou de discrimination indirecte, un de ses éléments consistant à démontrer l'absence «d'autre solution raisonnable», c'est-à-dire l'impossibilité de tenir compte de la situation particulière des personnes exclues par la politique d'emploi²¹. Sans trancher entre les deux positions, ce que les faits de l'espèce ne l'obligeaient pas à faire, le juge Sopinka a exposé ce même point de vue dans l'arrêt *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*²². Cependant, dans l'affaire *Large c. Stratford*²³, le juge Sopinka, pour la majorité, revient sur ses positions en affirmant qu'il était erroné d'assimiler l'accommodement individuel à l'exigence concernant l'existence de solutions de rechange raisonnables²⁴.

Heureusement, il n'est pas nécessaire ici de trancher la question, puisque, dans l'immense majorité des situations où il y a discrimination fondée sur la religion, celle-ci est indirecte. Étant donné la sécularisation de la société canadienne et québécoise, la discrimination directe fondée sur la religion est aujourd'hui rarissime ; elle heurterait de plein fouet les valeurs affirmées dans les Chartes canadienne et

¹⁸ [1985] 2 R.C.S. 561, 23 D.L.R. (4^e) 481 [ci-après *Bindher*].

¹⁹ [1990] 2 R.C.S. 489, 72 D.L.R. (4^e) 417 [ci-après *Central Alberta Dairy Pool* avec renvois aux R.C.S.].

²⁰ Voir *ibid.* à la p. 517, juge Wilson.

²¹ Voir *ibid.* à la p. 528, juge Sopinka.

²² [1992] 2 R.C.S. 970 à la p. 981, 95 D.L.R. (4^e) 577 [ci-après *Renaud* avec renvois aux R.C.S.].

²³ [1995] 3 R.C.S. 733, 128 D.L.R. (4^e) 193 [ci-après *Large* avec renvois aux R.C.S.].

²⁴ Voir *ibid.* aux pp. 751-52. Pour une critique mordante de cette opinion, voir Proulx, «L'accommodement raisonnable», *supra* note 14 à la p. 691 et s. Dans l'arrêt *Eaton c. Conseil scolaire du Comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, 142 D.L.R. (4^e) 385 [ci-après *Eaton*], la Cour suprême a reconnu qu'en vertu de l'art. 15(1) de la *Charte canadienne*, même si ce n'était pas le cas en l'espèce, aucune violation du droit à l'égalité n'ayant eu lieu, un droit à l'accommodement pourrait exister en matière d'accès à l'école publique comme remède à une situation de discrimination *directe* fondée sur la déficience. S'il y avait eu lieu à accommodement, celui-ci aurait consisté à placer l'enfant handicapé dans l'école de son voisinage, avec l'assistance d'une éducatrice à plein temps, plutôt que dans une classe pour élèves en difficultés. Dans l'arrêt *Eldridge c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [1997] 3 R.C.S. 624 aux pp. 673-74, 151 D.L.R. (4^e) 577 [ci-après *Eldridge* avec renvois aux R.C.S.], le juge La Forest, pour la Cour, a confirmé cette interprétation de l'arrêt *Eaton*, *ibid.*

québécoise. Il en subsiste pourtant certains cas, surtout en matière d'enseignement. Ainsi, l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*²⁵ et ses dispositions jumelles²⁶ garantissent des droits confessionnels scolaires aux protestants et aux catholiques, ce qui est manifestement discriminatoire à l'endroit des autres religions qui ne jouissent pas des mêmes privilèges. Cependant, dans la mesure où il est prévu par la Constitution elle-même, ce régime ne peut évidemment pas être attaqué sur la base de la *Charte canadienne*²⁷. En outre, la plupart des lois sur les droits de la personne prévoient que la religion peut constituer une exigence professionnelle justifiée, par exemple pour l'engagement des enseignants par une école religieuse privée. Dans un tel cas, si la condition relative à la religion est considérée comme véritablement liée à l'accomplissement des fonctions, la discrimination sera permise²⁸. Par ailleurs, aucun accommodement raisonnable ne serait possible en l'occurrence, même si l'on supposait que l'employeur reste soumis à une telle obligation après avoir fait la preuve d'une exigence professionnelle justifiée.

L'accommodement raisonnable devant être consenti aux victimes de la discrimination indirecte peut prendre plusieurs formes, l'objectif étant de faire disparaître

²⁵ (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3.

²⁶ L'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, *ibid.*, a commencé par s'appliquer aux quatre provinces d'origine, à savoir le Québec, l'Ontario, la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick. Au moment de leur entrée dans la fédération, il est également devenu applicable, sans modification, à la Colombie-Britannique en 1871, et à l'Île-du-Prince-Édouard en 1873. Enfin, des dispositions analogues, mais non identiques, qui s'inspirent à des degrés divers de l'article 93, ont été insérées dans les lois créant le Manitoba en 1870, l'Alberta et la Saskatchewan en 1905, ainsi qu'à la clause 17 des conditions de l'adhésion de Terre-Neuve lors de l'union de cette province avec le Canada en 1949. Pour une explication des dispositions contenues dans l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et dans ses dispositions jumelles, voir J. Woehrling, «La procédure nécessaire pour modifier l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*» (1994) 35 C. de D. 551 aux pp. 554-61.

Le 19 décembre 1997, est entrée en vigueur une modification de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui a pour effet de soustraire entièrement le Québec au respect des droits confessionnels scolaires, voir Modification constitutionnelle de 1997 (Québec), T.R. 97-141, Gaz. C. 1997.II, édition spéciale du 22 décembre 1997, vol. 131. Le 8 janvier 1998, est également entrée en vigueur une modification de l'article 17 des conditions de l'adhésion de Terre-Neuve, voir Modification constitutionnelle de 1998 (Loi sur Terre-Neuve), T.R. 98-25, Gaz. C. 1998.II, édition spéciale du 14 janvier 1998, vol. 132. Cependant, plutôt que de faire adopter, comme au Québec, une modification constitutionnelle abolissant entièrement les garanties confessionnelles, le gouvernement de Terre-Neuve a proposé une nouvelle rédaction de l'article 17 qui conserve une certaine place à la religion dans le futur système scolaire public. Ces deux modifications constitutionnelles ont été adoptées conformément à la procédure prévue à l'article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra* note 2.

²⁷ C'est ce qu'a jugé la Cour suprême dans le *Renvoi relatif au projet de Loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, 40 D.L.R. (4^e) 18. Pour une analyse de cette décision, voir P. Carignan, *Les garanties confessionnelles à la lumière du Renvoi relatif aux écoles séparées de l'Ontario*, Montréal, Thémis, 1992 aux pp. 209-20. De plus, l'article 29 de la *Charte canadienne*, *supra* note 2, prévoit que «les dispositions de la présente Charte ne portent pas atteinte aux droits ou privilèges garantis en vertu de la Constitution du Canada concernant les écoles séparées et autres écoles confessionnelles».

²⁸ Voir par ex. *Caldwell c. Stuart*, [1984] 2 R.C.S. 603, 15 D.L.R. (4^e) 1 ; *Garrod c. Rhema Christian School* (1991), 92 C.L.L.C. 17,003, 15 C.H.R.R. D/477 (Commission d'enquête Ont.).

tre les inconvénients que la règle en question entraîne pour ces personnes²⁹. L'accommodement peut consister à dispenser purement et simplement les intéressés de l'application de la règle contestée. Par exemple, le règlement d'une école prohibant la possession d'armes par les élèves ou interdisant le port de tout vêtement distinctif s'applique sans distinction à tous, mais a un effet discriminatoire sur ceux dont la religion les oblige à avoir sur eux en permanence un poignard servant au rituel (*kirpan*) ou à porter le *hidjab*. À moins qu'on ne puisse démontrer qu'il s'agit d'une contrainte excessive, l'accommodement consiste à prévoir un régime d'exception permettant aux sikhs de garder leur poignard à l'école³⁰ et aux musulmanes de porter le *hidjab*³¹. De même, la condition qui exige des employés qu'ils soient présents au travail le vendredi soir et le samedi s'applique sans distinction à tous mais produit un effet discriminatoire sur ceux à qui leur religion prescrit le repos le vendredi soir et le samedi jusqu'au coucher du soleil. Afin de respecter l'obligation d'accommodement, les employeurs seront tenus de proposer un horaire de travail différent à ces employés³². Également, la loi qui oblige tous les commerçants à fermer leur commerce le dimanche s'applique de la même manière à tous, mais produit un effet discriminatoire sur ceux dont la religion prescrit un jour

²⁹ L'auteur Lepofsky donne la définition suivante de l'obligation d'accommodement, laquelle nous paraît en traduire l'essentiel : «[a]t the core of any accommodation is the tailoring of a work rule, practice, condition or requirement to the specific needs of an individual or group». *Supra* note 4 à la p. 3.

³⁰ Voir *Pandori c. Peel (Region) Board of Education* (1990), 12 C.H.R.R. D/364 (Commission d'enquête Ont.), appel rejeté (1991), 14 C.H.R.R. D/403 (C. Div. Ont.) [ci-après *Pandori*]. Il s'agit de deux plaintes conjointes relatives au port du *kirpan* par un professeur et des élèves sikhs à l'école. Ils se sont vus opposer une résolution de la Commission scolaire de Peel interdisant le port du *kirpan* dans l'enceinte de l'école. Le commissaire d'enquête autorise le port du *kirpan* dans cette école mais aux conditions que le *kirpan* soit d'une taille raisonnable, qu'il soit porté en dessous des habits et qu'il soit tenu fermement dans sa gaine ; *Singh c. Workmen's Compensation Board Hospital Rehabilitation Centre* (1981), 2 C.H.R.R. D/459 (Commission d'enquête Ont.) : M. Singh a été informé qu'il ne pourrait pas passer de tests à l'hôpital s'il n'ôtait pas son *kirpan*, ce qu'il a refusé de faire. La Commission d'enquête a décidé que l'hôpital aurait pu trouver une solution d'accommodement respectant les croyances de M. Singh ; elle ordonne qu'à l'avenir les patients de religion sikh soient autorisés à conserver leur *kirpan*, pendant qu'ils reçoivent des soins à l'hôpital à condition qu'il soit d'une longueur raisonnable. Dans *Hothi c. R.*, [1985] 3 W.W.R. 256 (B.R. Man.) conf. à [1986] 3 W.W.R. 671 (C.A. Man.), la Cour du Banc de la Reine du Manitoba a confirmé l'ordonnance d'un juge de la Cour provinciale interdisant le port du *kirpan* dans une salle d'audience. À propos du turban porté par les sikhs, voir *Sehdev c. Bayview Glen Junior Schools* (1988), 9 C.H.R.R. D/4881 (Commission d'enquête Ont.) : une école privée ayant une politique stricte sur l'uniforme refuse l'admission d'un élève sikh à cause du port du turban. La Commission d'enquête conclut que l'école n'a pas établi que sa politique est raisonnable et de bonne foi dans les circonstances. Elle doit faire des efforts d'accommodement raisonnable et l'objectif de la politique de l'uniforme de l'école ne sera pas compromise du fait de permettre certaines exceptions.

³¹ À notre connaissance, le port du foulard islamique n'a pas encore donné lieu à une décision judiciaire ou quasi-judiciaire. Par contre, la Commission des droits de la personne du Québec a émis un document dans lequel elle exprime l'opinion que l'application, aux jeunes musulmanes qui désirent porter le foulard, d'une règle scolaire interdisant le port de vêtements susceptibles de marginaliser les élèves, constituerait de la discrimination indirecte. Voir Commission des droits de la personne du Québec, *Le port du foulard islamique dans les écoles publiques : aspects juridiques*, par P. Bosset, Montréal, Commission des droits de la personne du Québec, 1994 [non publié]. Document adopté à la 388^e séance de la Commission, tenue le 21 décembre 1994, par sa résolution COM-388-6.1.3.

³² Voir *O'Malley*, *supra* note 5.

d'observance religieuse autre que le dimanche. En effet, ils sont alors pénalisés sur le plan économique par rapport à ceux dont le jour d'observance est le dimanche. L'accommodement, s'il y a lieu, consistera à permettre aux commerçants juifs d'ouvrir leur commerce le dimanche, à condition d'avoir fait relâche le samedi³³.

L'accommodement peut aussi consister à mettre à la disposition des intéressés des installations ou des avantages particuliers. Par exemple, la pratique de servir le même menu, avec de la viande de porc, dans une prison ou dans un hôpital produit un effet discriminatoire sur les détenus ou les malades juifs et musulmans. L'accommodement consistera à offrir des repas différents à ces personnes³⁴.

L'accommodement peut être imposé par un tribunal, mais il peut également être négocié à l'amiable et volontairement consenti. Ainsi, la Gendarmerie royale du Canada a décidé de permettre aux sikhs de servir dans ses rangs en les dispensant de l'obligation de porter le chapeau de feutre traditionnel et en les autorisant à porter plutôt leur turban et autres symboles religieux, comme la barbe et le *kirpan*³⁵. De même, dans un avis du Conseil des communautés culturelles et de l'immigration du Québec³⁶, on donne l'exemple d'une municipalité qui a décidé de réserver l'usage de la piscine municipale aux musulmans pendant une durée de trois heures par semaine, pendant laquelle les autres usagers sont exclus, afin de leur permettre de se baigner entre personnes du même sexe uniquement. Les groupes en cause considéraient que leur religion les empêchait de fréquenter une piscine ouverte en même temps aux personnes des deux sexes. Enfin, en août 1996, le Congrès juif du Canada est parvenu à une entente avec l'Office de la langue française pour que les produits casher vendus à l'occasion de la Pâque juive soient dispensés de l'obligation d'être étiquetés en français³⁷. Pendant le reste de l'année, par contre, l'étiquetage des produits casher devra se conformer aux exigences de la loi.

Enfin, l'accommodement peut être recommandé par une commission des droits de la personne, comme l'illustrent deux documents de la Commission des droits de

³³ Voir *R. c. Videoflicks Ltd.* (1985), 48 O.R. (2^e) 395, 14 D.L.R. (4^e) 10 (C.A. Ont.) [ci-après *Videoflicks* avec renvois aux D.L.R.] ; cependant, pour des raisons analysées plus loin (voir le texte correspondant à la note 131), cette décision a été renversée par la Cour suprême dans *R. c. Edwards Books & Arts Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, 55 C.R. (3^e) 193 [ci-après *Edwards Books* avec renvois aux R.C.S.].

³⁴ Voir Commission des droits de la personne du Québec, *Le régime alimentaire des détenus de foi hébraïque : obligations des autorités carcérales* (Avis officiel), par P. Bosset, Montréal, Commission des droits de la personne, 1991 [non publié ; ci-après *Le régime des détenus de foi hébraïque*]. Document adopté à la 358^e séance de la Commission, tenue le 31 mai 1991, par sa résolution COM-358-8.1.2.

³⁵ Dans *Grant c. Canada (P.G.)* (1994), [1995] 1 C.F. 158, 81 F.T.R. 195, la Cour fédérale (1^{re} instance) a jugé que les mesures prises par le Commissaire de la G.R.C. pour que les membres de celle-ci soient autorisés à porter des symboles religieux, tel le turban sikh, ne portent pas atteinte aux art. 2(a), 7 et 15 de la *Charte canadienne*. Décision affirmée par la Cour Fédérale d'appel (1995), 96 F.T.R. 239, 125 D.L.R. (4^e) 556, juge Linden, appel à la Cour Suprême du Canada rejeté, [1996] 1 R.C.S. vii, 130 D.L.R. (4^e) vii.

³⁶ Québec, Conseil des communautés culturelles et de l'immigration, *La gestion des conflits de normes par les organisations dans le contexte pluraliste de la société québécoise : principes de fond et de procédure pour guider la recherche d'accommodements raisonnables* (Avis présenté à la ministre des Communautés culturelles et de l'Immigration), Montréal, Conseil des communautés culturelles et de l'immigration, 1993 à la p. 63 [ci-après *La gestion des conflits de normes*].

³⁷ Voir *Charte de la langue française*, L.R.Q. c. C-11, art. 51.

la personne du Québec, l'un recommandant l'accommodement pour le régime alimentaire des détenus de foi hébraïque³⁸, l'autre pour le port du *hijab*³⁹.

B. Les principaux domaines d'application de l'accommodement raisonnable : les relations de travail et la fourniture de biens et de services au public

Les concepts ayant trait à l'accommodement raisonnable ont surtout été élaborés dans le contexte des relations d'emploi⁴⁰. Mais l'obligation d'accommodement raisonnable existe également dans tous les autres domaines visés par les lois relatives aux droits de la personne des provinces et des deux territoires⁴¹, ainsi que par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*⁴².

En dehors des relations de travail, le domaine d'application le plus considérable de l'obligation d'accommodement raisonnable est celui de l'offre de biens et de services au public qui figure en termes similaires dans toutes les lois relatives aux

³⁸ Voir *supra* note 34.

³⁹ Voir *supra* note 31.

⁴⁰ Voir *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke (Ville de)*, [1982] 1 R.C.S. 202, 132 D.L.R. (3^e) 14 ; *O'Malley*, *supra* note 5 ; *Bindher*, *supra* note 18 ; *Brossard (Ville de) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, 53 D.L.R. (4^e) 609 ; *Saskatoon (Ville de) c. Saskatchewan (Commission des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 1297, 65 D.L.R. (4^e) 481 ; *Central Alberta Dairy Pool*, *supra* note 19 ; *Renaud*, *supra* note 22 ; *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103, 95 D.L.R. (4^e) 439 ; *Bergevin*, *supra* note 9 ; *Large*, *supra* note 23. Pour une analyse synthétique de cette jurisprudence, voir Proulx, *supra* note 4 à la p. 29 et s. ; Proulx, «L'accommodement raisonnable», *supra* note 14. Dans *Eldridge*, *supra* note 24, la Cour suprême, par la voix du juge La Forest, a fait découler de l'article 15(1) de la *Charte canadienne* une obligation d'accommodement en matière de prestation des soins de santé par un hôpital dans le cadre du régime public de soins de santé. En l'occurrence, la Cour a conclu que le refus de fournir des services d'interprétation gestuelle à des personnes atteintes de surdité constituait une discrimination indirecte fondée sur le handicap, contraire à l'article 15(1) de la *Charte canadienne*. La Cour a ensuite jugé qu'il y avait obligation d'accommodement raisonnable, l'accommodement consistant dans la fourniture de services d'interprétation gestuelle lorsque ceux-ci sont nécessaires pour permettre des communications efficaces. Le juge La Forest a ajouté que, dans le cas des personnes sourdes dont la capacité de lire et d'écrire est limitée, il était permis de supposer que l'interprétation gestuelle serait requise dans la plupart des cas. Dans l'affaire *Eaton*, *supra* note 24, la Cour a reconnu qu'en vertu de l'article 15(1) de la *Charte canadienne*, un droit à l'accommodement pouvait exister en matière d'accès à l'école publique au profit d'une enfant atteinte de paralysie cérébrale.

⁴¹ Voir par ex. les art. 10-13, 15-19 de la *Charte québécoise*, *supra* note 3. En outre, l'article 10 garantit le droit à l'égalité, sans discrimination fondée sur l'un des motifs illicites, dans la reconnaissance et l'exercice de tous les autres droits et libertés contenus dans la Charte, c'est-à-dire les droits et libertés fondamentaux de la personne ainsi que les droits politiques, judiciaires, économiques et sociaux (voir *Charte québécoise*, *ibid.*, art. 1-9, 21-48).

⁴² L.R.C. 1985, c. H-6. La jurisprudence confirme pleinement ce point de vue. Voir, par ex., les décisions mentionnées dans G. Otis et C. Brunelle, «La *Charte des droits et libertés de la personne* et la tenue vestimentaire à l'école publique» (1995) 36 C. de D. 599 à la p. 640, n. 185. Voir également M. Coulanges, «L'obligation d'accommodement raisonnable au-delà des relations employeurs-employés» dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, dir., *Développements récents en droit administratif* (1994), Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1995, 181 aux pp. 207-11.

droits de la personne⁴³ et qui a été interprété de façon très large par la jurisprudence, autant en ce qui concerne les organismes privés que publics.

Pour ce qui est des organismes publics, tous leurs services doivent être considérés comme soumis aux lois sur les droits de la personne. C'est ce qui ressort de la jurisprudence. Ainsi, dans l'affaire *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatchewan (Department of Social Services)*⁴⁴, la Cour d'appel de la Saskatchewan cite à cet effet la professeure Greschner, laquelle soutient que :

The interpretation of "offered to the public" for the purposes of s. 12 should be as follows: any service offered by a government is a service offered to the public⁴⁵.

Eligibility criteria and application forms generally ensure the impartial and universal application of services rather than a restriction of an offering of the service to the public⁴⁶.

Dans le cas des organismes privés, la question est évidemment plus complexe. Néanmoins, les solutions retenues par la jurisprudence ont pour effet de soumettre la plus grande partie de leurs activités aux lois sur les droits de la personne. Ainsi, dans l'affaire *University of British Columbia c. Berg*⁴⁷, la Cour suprême du Canada devait décider si la remise à une étudiante d'une clé donnant accès à un édifice de l'université et le fait de remplir un formulaire d'évaluation devant accompagner une demande d'internat, constituaient des «services habituellement offerts au public»

⁴³ L'offre de services publics est notamment visée par les articles 12, 13 et 15 de la *Charte québécoise*, *supra* note 3. Voir également les art. 5, 6 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, *ibid.*

⁴⁴ [1988] 5 W.W.R. 446, [1989] 52 D.L.R. (4^e) 253 (C.A. Sask.), juge Vancise.

⁴⁵ *Ibid.* à la p. 267.

⁴⁶ *Ibid.* à la p. 266. Voir également, par ex., *Canada (P.G.) c. Rosin* (1990), [1991] 1 C.F. 391, 91 C.L.L.C. 17 (C.A.) [ci-après *Rosin* avec renvois aux C.F.] : un cours de parachutage offert seulement aux membres des forces armées et à certains cadets est «destiné au public» puisque toute personne de 12 à 18 ans peut s'enrôler dans les cadets et postuler à ce cours ; *LeDeuff c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)* (1987), 8 C.H.R.R. D/3690 (C.C.D.P.), confirmé sur ce point en appel à (1988), 9 C.H.R.R. D/4479 (T.C.D.P.) : les communications établies par les enquêteurs de la Commission avec les administrés constituent des services au sens de l'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, *supra* note 42 ; *Corlis c. Canada (Commission canadienne de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1987] D.L.Q. 442, 8 C.H.R.R. D/4146 (T.C.D.P.) : les prestations d'assurance-chômage constituent un service au sens de l'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, *supra* note 42 ; *Druken c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)* (1987), 8 C.H.R.R. D/4379, 87 C.L.L.C. 17,030, conf. par [1989] 2 F.C. 24, 53 D.L.R. (4^e) 29 (T.C.D.P.) : l'assurance-chômage constitue un service au sens de l'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, *ibid.* ; *Re Singh*, [1989] 1 C.F. 430, 51 D.L.R. (4^e) 673 (C.F.A.) : les services de l'Immigration fournissent des services au sens de l'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, *supra* note 42, lorsqu'il émettent des visas d'immigration ou de visiteurs ou qu'il permettent à une personne de parrainer un membre de sa famille qui veut s'établir au Canada ; *Canada (P.G.) c. Cumming*, [1980] 2 C.F. 122, 103 D.L.R. (3^e) 151 (C.F. (1^{re} inst.)) : en établissant des cotisations d'impôt, le ministère du Revenu national fournit des services destinés au public ; *Association canadienne des paraplégiques c. Élections Canada* (1992), 16 C.H.R.R. D/341 aux pp. D/353-54 (T.C.D.P.), en ligne : C.C.D.P. <<http://www.chrc.ca/ccdp.htm>> au para. 30 (date d'accès : 15 juin 1998) [ci-après *Élections Canada*] : les bureaux de vote, lors d'une élection fédérale, constituent un service offert au public au sens de l'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, *ibid.*

⁴⁷ [1993] 2 R.C.S. 353, 102 D.L.R. (4^e) 665 [ci-après *Berg* avec renvois aux R.C.S.].

au sens de l'article 3 du *Human Rights Act*⁴⁸ de la Colombie-Britannique. Selon la Cour suprême⁴⁹, on ne saurait exiger que le mot «public» employé à l'article 3 de la loi comprenne tous les membres d'une collectivité. Les étudiants admis à une université, les personnes qui passent des contrats d'assurance, ou les gens qui ouvrent un compte dans une institution financière, pour prendre ces trois exemples, deviennent le «public» en ce qui concerne ces services. Chaque service a son propre public et, une fois que ce «public» a été défini au moyen de critères d'admissibilité, il est interdit d'établir des distinctions discriminatoires au sein de ce public. En outre, la distinction qu'on pourrait tenter d'établir entre la discrimination exercée au moment d'avoir accès à des installations et la discrimination exercée une fois que l'on a obtenu l'accès à ces installations est artificielle et inacceptable. Une telle distinction permettrait de contrecarrer l'objet des lois interdisant la discrimination. Les critères d'admissibilité, pourvu qu'ils ne soient pas discriminatoires, font nécessairement partie de la plupart des services en ce qu'ils garantissent l'accessibilité des services offerts seulement aux bénéficiaires visés⁵⁰. Par ailleurs, toutes les activités d'un fournisseur de logement, de services ou d'installations ne sont pas nécessairement assujetties à un examen fondé sur la loi. Pour déterminer quelles activités d'un fournisseur de services sont visées par cette loi, on doit avoir recours à une méthode tenant compte de la relation que les services ou les installations en cause créent entre le fournisseur de services ou d'installations et l'utilisateur. Certains services créeront des relations publiques⁵¹, tandis que d'autres pourront établir des relations privées qui ne seront pas assujetties à la loi. En appliquant ces principes aux faits de la cause, le juge en chef Lamer est arrivé à la conclusion que, du fait qu'elle avait franchi l'étape du processus d'admission sélective, Mme Berg n'avait pas cessé de faire partie du «public» auquel l'université fournissait ses installations

⁴⁸ S.B.C. 1984, c. 22.

⁴⁹ Voir *Berg*, *supra* note 47, motifs du juge en chef Lamer pour une majorité de huit juges.

⁵⁰ Le juge Major était dissident. Il estimait que l'interprétation retenue par la majorité faisait en sorte qu'il n'y aurait fait aucun service qui ne serait pas visé par l'expression «services habituellement offerts au public». Voir *Berg*, *supra* note 47 à la p. 395. Son opinion permet de souligner à quel point l'interprétation retenue par la majorité est large et libérale.

⁵¹ Dans *Howard c. University of British Columbia* (1993), 18 C.H.R.R. D/353 (B.C. Human Rights Council) [ci-après *Howard*], le Tribunal s'est appuyé sur la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Berg*, *ibid.*, pour en arriver à la conclusion que l'enseignement universitaire constitue un service offert au public au sens de la loi sur les droits et libertés de la Colombie-Britannique. Dans *Commission des droits de la personne du Québec c. Bar La Divergence*, [1994] R.J.Q. 847 (T.D.P.Q.), le tribunal juge que, malgré son apparente neutralité, la politique appliquée par un bar-discothèque d'exclure tous les chiens quels qu'ils soient a pour effet indirect d'empêcher la plaignante, une personne atteinte de cécité, d'avoir accès en toute égalité à un lieu public sans distinction ou exclusion fondée sur l'utilisation d'un moyen pour pallier son handicap ; ce faisant, la corporation défenderesse a exercé envers la plaignante de la discrimination contrairement aux prescriptions des articles 10 et 15 de la *Charte québécoise*, *supra* note 3 ; le tribunal s'exprime notamment ainsi à la p. 854 : «[c]ette conclusion découle également d'un arrêt récent de la Cour suprême [voir *Berg*, *ibid.*], selon laquelle [*sic*] l'interdiction de la discrimination visant les "services habituellement offerts au public" ne se limite pas qu'à l'accès à de tels services ou installations, mais s'étend également à la discrimination exercée une fois obtenu l'accès à ces derniers» [note omise].

et ses services éducatifs. La clé et le formulaire d'évaluation étaient accessoires à cette relation publique entre l'université et ses étudiants⁵².

Dans l'affaire *Gould c. Yukon Order of Pioneers*⁵³, la Cour suprême a eu l'occasion de préciser les critères du concept de «relations publiques» en interprétant l'article 8(a) de la *Loi sur les droits de la personne du Yukon*⁵⁴ qui prohibe la discrimination dans l'offre ou la fourniture au public de services, de biens ou d'installations. Au nom de la majorité, le juge La Forest s'est exprimé ainsi :

Pour vérifier si le service donne lieu à une «relation publique», les critères suivants seront tous pertinents, sans être exhaustifs, savoir la sélectivité dans la prestation du service, la diversité du public à qui il est destiné, la participation de non-membres, son caractère commercial ou non, sa nature intime et son objet. Je tiens à souligner qu'aucun de ces critères n'est déterminant ; par exemple, le simple fait qu'une organisation offre ou fournisse son service de façon exclusive ne met pas nécessairement ce service à l'abri des lois antidiscriminatoires⁵⁵.

En appliquant ces critères aux faits de la cause, le juge La Forest est arrivé à la conclusion que l'alinéa 8(a) de la loi s'appliquait à la fourniture au public de documents historiques par un «ordre fraternel» se consacrant à la collecte et à la conservation de documents concernant l'histoire du Yukon. Par contre, en tenant compte du fait qu'une autre disposition de la loi, l'alinéa 8(c), visait spécifiquement l'«appartenance à un syndicat, à un corps de métier ou à une association commerciale ou professionnelle», il a également conclu que l'alinéa 8(a) devait être interprété comme ne visant pas l'appartenance à l'association en question. Il a cependant reconnu que l'appartenance à une association pouvait, dans certaines circonstances, constituer un service offert au public⁵⁶. Ce n'était toutefois pas le cas en l'espèce.

On constate donc l'étendue considérable du domaine de l'accès aux biens et services dans lequel l'obligation d'accommodement raisonnable est susceptible d'apparaître.

C. Les moyens de défense opposables à l'obligation d'accommodement raisonnable

Pour se défendre avec succès contre une plainte de discrimination indirecte, un employeur doit démontrer, d'une part, que la condition d'emploi indirectement discriminatoire a un lien rationnel avec l'emploi en cause et, d'autre part, qu'il s'est

⁵² Voir *Berg*, *supra* note 47 à la p. 393, juge en chef Lamer.

⁵³ [1996] 1 R.C.S. 571, 133 D.L.R. (4^e) 449 [ci-après *Gould* avec renvois aux R.C.S.].

⁵⁴ L.R.Y. 1986 (supp.), c. 11.

⁵⁵ *Gould*, *supra* note 53 aux pp. 611-12.

⁵⁶ Selon la juge McLachlin, dissidente, l'association en cause s'étant donné un profil éminemment public et fournissant à ses membres des avantages importants, il fallait en conclure que la possibilité d'en devenir membre constituait en soi un service au public au sens de l'art. 8(a) : voir *Gould*, *ibid.* aux pp. 656-57 ; quant à la juge L'Heureux-Dubé, dissidente sur un autre point, il n'était pas nécessaire qu'elle s'exprime sur cette question ; elle a néanmoins indiqué qu'il lui semblait que l'appartenance à l'ordre devait être considérée comme un service fourni au public : voir *Gould*, *ibid.* à la p. 648 et s.

efforcé d'accommoder les employés victimes dans la mesure où cela n'entraînerait pas de contrainte excessive pour lui. Les décisions pertinentes de la Cour suprême, qui a repris la jurisprudence des tribunaux des droits de la personne, portent presque toutes sur des problèmes de relations d'emploi⁵⁷, mais il est possible, parfois avec certaines difficultés il est vrai, de transposer les principes énoncés au domaine de fourniture de biens et de services⁵⁸. Nous examinerons donc successivement les trois éléments qui viennent d'être mentionnés, à savoir le caractère rationnel de la politique, de la règle ou de la norme contestée, l'effort d'accommodement et le caractère excessif de la contrainte découlant de l'accommodement.

Il faut rappeler auparavant que la *Charte québécoise* ne prévoit aucune défense expresse de «motif justifiable» pouvant être invoquée en matière de discrimination dans le domaine de la fourniture de biens et de services, contrairement à d'autres instruments similaires de protection des droits et libertés⁵⁹. Il ne faudrait cependant pas conclure qu'aucune défense n'est possible, du moins en cas de discrimination indirecte. En effet, le fondement juridique de l'obligation d'accommodement raisonnable se trouve à l'article 10 de la *Charte québécoise*. Cette obligation contient forcément sa propre limite, en quelque sorte intrinsèque, qui est précisément le caractère excessif de la contrainte imposée par l'accommodement⁶⁰.

1. Le caractère rationnel de la politique, de la règle ou de la norme contestée

⁵⁷ Voir *supra* note 40.

⁵⁸ Dans *Rosin*, *supra* note 46 aux pp. 408-09, la Cour fédérale d'appel a jugé que la défense de «motif justifiable» (*bona fide justification*), applicable dans le domaine de la fourniture de biens et de services et prévue dans l'article 15(g) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, *supra* note 42, était à toutes fins pratiques identique à la défense d'exigences professionnelles justifiées (*bona fide occupational requirement*) applicable dans le domaine des relations d'emploi et prévue dans l'article 15(a) de la même loi. Dans *Youth Bowling Council of Ontario c. McLeod* (1989), 32 O.A.C. 286, 10 C.H.R.R. D/6125 (C. div.), le juge applique par analogie, au domaine de l'accès aux services, les critères de la qualification professionnelle exigée de bonne foi. Par ailleurs, les tribunaux soulignent fréquemment qu'il est parfois difficile d'emprunter les critères élaborés dans des affaires relatives à l'emploi et de les appliquer dans les cas de discrimination à l'occasion de la fourniture d'un service.

⁵⁹ Voir par ex. l'art. 15(g) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, *supra* note 42, qui énonce :

15. Ne constituent pas des actes discriminatoires :

[...]

g) le fait qu'un fournisseur de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement destinés au public, ou de locaux commerciaux ou de logements en prive un individu ou le défavorise lors de leur fourniture pour un motif de distinction illicite, *s'il a un motif justifiable de le faire* [nos italiques].

⁶⁰ En outre, comme l'indique Bosset, *supra* note 4 à la p. 130, le fait que la notion de discrimination indirecte soit étendue à des domaines où l'exception de l'article 20, al. 1 de la *Charte québécoise*, *supra* note 3, (qui ne porte que sur les relations d'emploi) n'est pas applicable (tels le logement ou l'accès aux lieux publics) entraînera, si nécessaire, l'apparition d'une exception jurisprudentielle analogue à celle de la *business necessity* en droit américain et propre au contexte de la discrimination indirecte.

Si l'on peut démontrer que la norme qui entraîne une discrimination indirecte à cause d'un motif illicite n'est pas raisonnablement liée à l'exercice des fonctions, en matière de relations de travail, ou à la fourniture du bien ou du service, la sanction ne sera pas l'accommodement raisonnable, mais plutôt l'invalidation de la norme en cause. Par exemple, une exigence de taille minimale pour devenir pilote d'avion s'applique de façon neutre à tous et ne comporte aucune discrimination visible fondée sur le sexe ou la race. À l'usage, il apparaît cependant qu'une telle exigence a pour effet d'écartier, de façon disproportionnée, les femmes et les hommes de race orientale, qui sont généralement d'une taille inférieure à celle exigée. Il y a donc discrimination indirecte. Si l'exigence de taille minimale devait être considérée comme raisonnablement liée à l'emploi en cause, la sanction de la discrimination serait une obligation d'accommodement raisonnable. S'il fallait plutôt conclure que cette exigence n'a pas de lien raisonnable avec l'exécution des fonctions, la sanction devrait être l'invalidation de la règle. C'est à ce dernier résultat qu'est arrivé un tribunal des droits de la personne dans l'affaire *Chapdelaine c. Air Canada*⁶¹, en jugeant discriminatoire une exigence de taille minimale qui n'avait pas été démontrée comme essentielle à la sécurité des opérations. Dans le même ordre d'idées, dans l'affaire *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (C.C.D.P.)*⁶², la Cour suprême a jugé qu'une exigence professionnelle requérant la capacité de soulever un poids de trente kilos était indirectement discriminatoire à l'égard des femmes et, en outre, n'était pas liée à l'emploi en cause. La preuve démontrait qu'en pratique celui-ci n'exigeait pas ce genre d'aptitude physique.

Bref, celui qui tente d'échapper à une obligation d'accommodement raisonnable doit commencer par démontrer que l'exigence professionnelle a un lien rationnel avec l'emploi ou que les modalités d'offre du bien ou du service sont raisonnablement liées aux conditions inhérentes à la fourniture efficace et économique du bien ou du service, ce que nous appellerons les impératifs de la gestion pour plus de concision, en nous inspirant du concept américain de *business necessity*.

Dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool*, la juge Wilson a recours à l'opinion du juge McIntyre dans l'affaire *O'Malley*⁶³ pour décrire l'exigence de lien rationnel : «une condition d'emploi adoptée honnêtement pour de bonnes raisons économiques ou d'affaires, également applicable à tous ceux qu'elle vise»⁶⁴.

La plupart des commentateurs ont souligné qu'il s'agit là d'un critère généralement peu exigeant pour l'employeur ou le fournisseur de biens ou de services⁶⁵. En fait, il suffit que celui-ci prouve qu'il était de bonne foi lorsqu'il a établi la règle ou la politique en cause, c'est-à-dire qu'il n'avait pas l'intention d'écartier les membres des groupes protégés de l'accès aux emplois ou aux biens et services en

⁶¹ (1987), 9 C.H.R.R. D/4449, 87 C.L.L.C. 17,037 [ci-après *Chapdelaine* avec renvois aux C.H.R.R.].

⁶² [1987] 1 R.C.S. 1114, 40 D.L.R. (4^e) 193 [ci-après *Action Travail des Femmes*].

⁶³ *Supra* note 5.

⁶⁴ *Supra* note 19 à la p. 520.

⁶⁵ Voir par ex. W.S. Tamopolsky et W. Pentney, *Discrimination and the Law*, Don Mills (Ont.), De Boo, 1985 au 7^e supp., p. 36 ; Proulx, *supra* note 4 aux pp. 71-73 ; Bosset, *supra* note 4 à la p. 115.

question. Ceci revient à démontrer que la règle ou la politique existe pour atteindre des objectifs de rendement et d'économie, d'efficacité, de protection de la santé ou de la sécurité publique. Comme le dit le professeur Proulx, «il faut donc s'attendre à ce que ce premier élément de la défense d'accommodement soit en règle générale une pure formalité sans grand intérêt»⁶⁶.

À l'occasion, ce critère de rationalité pourra néanmoins être fatal à une norme indirectement discriminatoire si elle n'est manifestement pas raisonnable. C'est ce que démontrent, en matière de relations d'emploi, les affaires *Chapdelaine* et *Action Travail des Femmes* et, dans le domaine de la fourniture de biens ou de services, l'affaire *Singh c. Légion royale canadienne, Jasper Place (Alberta), Branche n° 255*⁶⁷.

D'autres exemples de normes susceptibles d'être considérées non rationnelles sont également imaginables. La politique d'une commission ou d'un établissement scolaire consistant à interdire aux élèves le port de tout signe distinctif religieux pourrait s'avérer vulnérable à l'application du critère de rationalité. Il n'est pas évident qu'une telle prohibition soit raisonnablement liée au bon fonctionnement de l'enseignement public. Le fait que certains établissements permettent le port de tels signes distinctifs, sans qu'apparemment leur bonne marche ne soit mise en péril, pourrait servir à démontrer qu'une politique prohibitive n'est pas nécessaire et repose sur des impressions non vérifiées et des généralisations abusives plutôt que sur des faits réels⁶⁸. Par contre, il sera beaucoup plus facile de démontrer que la prohi-

⁶⁶ Proulx, *ibid.* à la p. 72. Le professeur Proulx déplore le peu de sévérité du critère de *rationalité* utilisé en matière de discrimination indirecte et considère que les tribunaux devraient appliquer le même critère de *nécessité* — plus rigoureux — qu'en matière de discrimination directe (voir *ibid.* aux pp. 113-16). Cette opinion est également partagée par Watkin, *supra* note 14 à la p. 103 : «[i]f the neutral rule does not have a sufficiently important objective, or is not rationally connected to that objective, then [it] should not be allowed to remain in force. It may be that a more carefully designed law will remove or limit the adverse effect that it might have on individuals or groups».

⁶⁷ (1990), 11 C.H.R.R. D/357 (Alta. Board of Inquiry). Dans cette affaire, M. Singh, qui est sikh et dont la femme travaille à la Légion, est informé des règlements de la Légion qui interdisent d'avoir la tête couverte dans ses locaux. En conséquence, il doit annuler sa participation à la fête de Noël organisée par les collègues de sa femme. Il saisit la Commission des droits de la personne d'une plainte de discrimination fondée sur la religion. Après avoir décidé qu'il y avait violation des droits du plaignant, la fête de Noël correspondant à un service offert au public, le Tribunal en arrive à la conclusion que les règlements de la Légion exigeant d'avoir la tête découverte dans ses locaux ne sont pas raisonnables et justifiés. Il ordonne donc notamment à la Légion de modifier ses règlements en conséquence.

⁶⁸ Dans Proulx, *supra* note 4 à la p. 73, le professeur Proulx mentionne une décision inédite (*Singh c. Security and Investigations Services* (Commission d'enquête Ont.)) qu'il résume de la façon suivante :

la politique de la compagnie de gardiens de sécurité exigeant le port de tous les éléments de l'uniforme, y compris la casquette, et le rasage de la barbe au détriment des membres de la religion sikh, fut jugée non rationnelle par le Pr Cumming parce qu'elle reposait non pas sur des faits objectifs, mais sur le préjugé que pour imposer le respect et la crainte aux citoyens, un gardien de sécurité ou un policier doit s'abstenir de porter la barbe et doit endosser l'uniforme classique et connu pour ce genre d'emploi, sans aucune possibilité de la moindre modification.

bition du port d'armes par les élèves, dans les établissements scolaires, constitue une exigence raisonnablement liée au bon fonctionnement de l'enseignement public. Dans ce cas, la politique pourra être maintenue, quitte à ce qu'il y ait accommodement raisonnable pour ceux dont la religion exige qu'ils portent toujours un poignard rituel⁶⁹.

2. L'effort d'accommodement

Si la règle qui entraîne une discrimination indirecte est raisonnablement liée aux nécessités de l'emploi ou aux impératifs de bonne gestion du service, elle pourra être maintenue. L'obligation qui s'impose alors au fournisseur de biens ou de services ou à l'employeur consiste à s'efforcer de s'entendre avec les personnes pénalisées par la règle afin de trouver un arrangement tenant compte de leurs besoins légitimes.

Selon la jurisprudence et la doctrine, l'obligation d'accommodement, et par conséquent le fardeau de la preuve, reposent initialement sur l'employeur ou sur le fournisseur de biens ou de services⁷⁰. C'est ce dernier qui connaît le mieux son entreprise et sait donc ce qu'il est possible de faire pour accommoder les victimes de discrimination. Comme le devoir d'accommodement est une obligation de moyens plutôt que de résultats, il est important que l'employeur ou le fournisseur de biens ou de services puisse démontrer qu'il a fait tous les efforts nécessaires pour faciliter l'accommodement ou l'adaptation ou, si l'on préfère, qu'il a rempli convenablement son obligation de négocier avec les personnes concernées⁷¹.

Par ailleurs, l'obligation de négocier de bonne foi est réciproque dans la mesure où elle s'impose non seulement aux employeurs et aux fournisseurs de biens ou de services, mais également aux demandeurs d'accommodement. Ces derniers doivent

De la même façon, ne pourrait-on pas dire que l'interdiction de tout signe distinctif religieux à l'école n'est pas rationnelle parce qu'elle ne repose pas sur des faits objectifs, mais sur le préjugé que pour former de bons citoyens et apprendre aux enfants le respect mutuel, il faut supprimer les signes d'appartenance religieuse ?

⁶⁹ Voir par ex. *Pandori*, *supra* note 30.

⁷⁰ Voir Proulx, *supra* note 4 à la p. 75 (pour la jurisprudence, voir la note 245 du texte) ; Lepofsky, *supra* note 4 à la p. 11 et s.

⁷¹ C'est ainsi que, dans l'affaire *O'Malley*, *supra* note 5, la compagnie Sears a perdu parce qu'elle n'avait pas réussi à prouver qu'elle avait fait des efforts sérieux pour trouver une solution acceptable pour l'employée qui ne pouvait plus travailler le samedi à cause de ses convictions religieuses ; l'employeur a échoué pour les mêmes raisons dans l'affaire *Central Alberta Dairy Pool*, *supra* note 19. Voir également W.K. Winler et P.J. Thorup, «The Duty of Accommodation and Its Implications for the Employer» (1992) 1 Can. Labour L.J. 209 à la p. 236 :

[w]hen an accommodation issue does arise, it is imperative that the employer thoroughly investigate and document its actions in determining whether a particular individual or group can be accommodated to the standard demanded by the governing legislation. [...] If the employee cannot be accommodated, the extent to which an employer can bring forward well-documented, objective and empirical evidence relating to the efforts undertaken and the factors involved will greatly influence the success of being able to establish undue hardship.

coopérer et accepter tout arrangement raisonnable proposé, même s'il n'est pas parfait. C'est ce que le juge McIntyre affirmait dans l'arrêt *O'Malley*, dans le contexte d'une situation de relations d'emploi :

L'employeur doit [...] prendre des mesures raisonnables qui seront susceptibles ou non de réaliser le plein accommodement. Cependant, lorsque ces mesures ne permettent pas d'atteindre complètement le but souhaité, le plaignant, en l'absence de concessions de sa propre part, comme l'acceptation en l'espèce d'un emploi à temps partiel, doit sacrifier soit ses principes religieux, soit son emploi⁷².

3. Le caractère excessif de la contrainte

Le caractère excessif de la contrainte constitue l'élément central de la défense en matière d'accommodement raisonnable. Le titulaire de l'obligation doit, s'il veut l'écarter, démontrer que l'accommodement recherché lui causerait une contrainte excessive.

Avant d'examiner les facteurs susceptibles d'être invoqués, trois remarques préliminaires s'imposent et concernent le fardeau de la preuve, le degré de sévérité du critère de la contrainte excessive et la nature des moyens de preuve qui doivent être présentés.

Rappelons tout d'abord que, depuis l'arrêt *O'Malley*⁷³, il ne fait plus de doute qu'il revient au titulaire de l'obligation d'accommodement de démontrer que l'accommodement entraînerait pour lui une contrainte excessive. Cette solution relative au fardeau de la preuve se justifie par les positions respectives de l'employeur et de l'employé, ou encore du fournisseur et de l'utilisateur de biens ou de services. Concrètement, seul le propriétaire ou l'exploitant d'une entreprise ou d'un service est en mesure de juger de la contrainte, l'employé ou l'utilisateur étant rarement, sinon jamais, en mesure de démontrer l'absence de contrainte⁷⁴.

En second lieu, concernant la sévérité du critère de la contrainte excessive, il faut souligner que les tribunaux canadiens ont clairement rejeté le critère *de minimis* retenu par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Hardison c. Trans World Airlines*⁷⁵, selon lequel il y a contrainte excessive dès qu'une mesure d'accommodement entraîne des coûts plus que minimes pour l'employeur ou le fournisseur de biens ou de services. Un tel critère, dans la mesure où il est fort peu exigeant, constituerait évidemment une limite sérieuse à l'obligation d'accommodement, voire une négation pure et simple de celle-ci. Au Canada, la jurisprudence considère plutôt qu'un employeur ou un fournisseur de biens ou de ser-

⁷² *Supra* note 5 à la p. 555. Ce point a été confirmé par le juge Sopinka, pour la Cour, dans *Central Alberta Dairy Pool*, *supra* note 19 à la p. 994. Dans *Howard*, *supra* note 51 à la p. D/362, où il a été décidé que l'université devait fournir un interprète à un étudiant sourd en tant qu'accommodement raisonnable, le Commissaire a notamment indiqué que «the search for an accommodation is a joint effort in which the complainant is expected to participate» (au para. 53). Sur les obligations du demandeur d'accommodement, voir également Bosset, *supra* note 4 aux pp. 105-07.

⁷³ *Supra* note 5 à la p. 559.

⁷⁴ Voir Bosset, *supra* note 4 à la p. 108.

⁷⁵ 432 U.S. 63 à la p. 84 (1977).

vices ne peut pas faire valoir la contrainte excessive à moins d'être en mesure de démontrer qu'il devra prendre des mesures comportant des difficultés importantes ou nécessitant des frais importants, soit un fardeau nettement excessif sur les plans économique ou administratif. Cela signifie notamment que le caractère excessif de la contrainte devra être déterminé non pas en termes absolus, mais en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes, notamment la taille et les ressources de l'entreprise ou du fournisseur de services ainsi que l'importance des enjeux en cause pour le demandeur. Dans l'arrêt *Bergevin*⁷⁶, qui portait sur un problème de relations d'emploi, le juge Cory, parlant pour la Cour, écarta clairement l'application du critère *de minimis*⁷⁷. Et déjà dans l'arrêt *Renaud*, également rendu dans le contexte des relations d'emploi, le juge Sopinka avait affirmé que «[l]'utilisation de l'adjectif «excessive» suppose qu'une certaine contrainte est acceptable»⁷⁸.

Enfin, la jurisprudence et la doctrine soutiennent que celui qui veut écarter une obligation d'accommodement en invoquant la contrainte excessive doit démontrer les coûts et les autres conséquences indésirables de l'accommodement sur la base de preuves factuelles, et non à partir de simples hypothèses ou de spéculations théoriques⁷⁹. Ainsi, lorsque l'employeur auquel un employé réclame un congé pour des raisons religieuses refuse cet accommodement en disant craindre une avalanche de demandes semblables, il doit prouver que cet effet «boule de neige» s'est concrètement produit et il ne peut se contenter d'affirmer qu'il pourrait éventuellement se produire. Dans l'affaire *Kurvits c. Canada (Conseil du Trésor)*⁸⁰, dans laquelle un employé d'Environnement Canada, membre de l'Église Unie du Canada, ne voulait pas verser les cotisations syndicales obligatoires en raison de sa religion, l'employeur avait précisément soulevé cette objection. Le Tribunal conclut que :

[s]elon la preuve, il n'existe pas un nombre démesurément élevé de personne[s] se trouvant dans la même situation que le plaignant de manière à obliger les intimés à engager des frais déraisonnables pour composer avec les convictions religieuses du plaignant ou celles d'autres personnes se trouvant dans la même situation⁸¹.

Examinons à présent les facteurs de contrainte excessive susceptibles d'être invoqués. Ils ont été énumérés par la Cour suprême, en ce qui concerne la situation

⁷⁶ *Supra* note 9.

⁷⁷ Voir *ibid.* à la p. 543.

⁷⁸ *Supra* note 22 à la p. 984. Lepofsky, *supra* note 4 aux pp. 18-19, résume bien la jurisprudence sur ce point : «the “undue hardship” standard presupposes in explicit terms that an employer, landlord or service provider is clearly expected to bear some hardships when fulfilling the duty to accommodate. This duty does not stop when hardships are encountered. It only stops when such hardships, once encountered, reach the onerous standard of “undue” severity».

⁷⁹ Voir Winler et Thorup, *supra* note 71 à la p. 236 ; Proulx, *supra* note 4 à la p. 84 ; Lepofsky, *ibid.* à la p. 11.

⁸⁰ (1991), 14 C.H.R.R. D/469, 91 C.L.L.C. 17,024 (T.C.D.P.) [ci-après *Kurvits*].

⁸¹ *Ibid.* à la p. D/485 au para. 54. Voir également l'affaire *Smart c. T. Eaton Ltée*, J.E. 93-446 (T.D.P.Q.) [ci-après *Smart*], où le Tribunal des droits de la personne du Québec a considéré que rien n'indiquait que l'employeur aurait reçu une avalanche de demandes semblables à celle de la demanderesse, qui refusait de travailler le dimanche pour des raisons religieuses. En fait, seulement trois autres employés (sur 1500) se sont plaints de l'exigence d'être disponibles pour travailler le dimanche.

d'un employeur, dans les arrêts *O'Malley*⁸² et *Central Alberta Dairy Pool*⁸³. Dans l'affaire *Renaud*⁸⁴, la Cour s'est penchée davantage sur les facteurs de contrainte excessive susceptibles d'être invoqués par un syndicat⁸⁵.

D'après la Cour suprême, dans l'arrêt *O'Malley*, les deux principaux facteurs de contrainte excessive qui ont été identifiés sont, d'une part, les coûts entraînés par l'accommodement recherché et, d'autre part, l'entrave induite à l'exploitation de l'entreprise⁸⁶. S'y ajouteront par la suite, dans les affaires *Central Alberta Dairy Pool* et *Renaud*, de façon non exhaustive, l'interchangeabilité et le «moral» du personnel, les risques pour la sécurité et l'atteinte à la convention collective⁸⁷. La plupart de ces facteurs peuvent être transposés ou adaptés au contexte de la fourniture de biens ou de services et à celui de l'accès aux lieux publics.

a. Le coût de l'accommodement recherché

Dans le cas d'une entreprise privée, seules les dépenses effectivement assumées par celle-ci devront être considérées, en tenant compte des subventions publiques éventuellement disponibles pour financer l'accommodement et des déductions fiscales applicables⁸⁸. Bien sûr, le coût devra être analysé de façon relative plutôt qu'absolue, en tenant compte de la taille et des ressources de l'entreprise concernée, du nombre des demandeurs d'accommodement ainsi que de toutes les autres circonstances pertinentes. Comme le dit le juge Cory pour la Cour dans l'affaire *Bergevin*, «[c]e qui peut être parfaitement raisonnable en période de prospérité est susceptible d'imposer à un employeur un fardeau financier déraisonnable en période de restrictions budgétaires ou de récession»⁸⁹. Quant à l'effet cumulatif d'un grand nombre de demandes d'accommodement semblables (ou effet boule de neige), il peut avoir pour conséquence de rendre le coût excessif⁹⁰ ou, au contraire, plus raisonnable, s'il s'agit d'un aménagement qui, une fois mis en place, peut servir à un grand nombre de personnes dans la même situation (par exemple, l'aménagement d'un endroit de prière sur les lieux du travail).

⁸² *Supra* note 5.

⁸³ *Supra* note 19.

⁸⁴ *Supra* note 22.

⁸⁵ Sur la portée et les limites des obligations du syndicat en matière d'accommodement raisonnable, voir K. Swinton, «Accommodating Equality in the Unionized Workplace» (1995) 33 *Osgoode Hall L.J.* 703 ; D. Proulx, «Les arrêts *Dickason* et *Renaud* ou la redéfinition des rapports hiérarchiques entre les lois sur les droits de la personne et les conventions collectives de travail» dans D. Nadeau et B. Pelletier, dir., *Actes du colloque : Relation d'emploi et droits de la personne : évolution et tensions!*, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1994, 181.

⁸⁶ Voir *supra* note 5 à la p. 555.

⁸⁷ Voir *Central Alberta Dairy Pool*, *supra* note 19 à la p. 521 ; *Renaud*, *supra* note 22 à la p. 984.

⁸⁸ Voir Lepofsky, *supra* note 4 à la p. 13.

⁸⁹ *Supra* note 9 à la p. 546.

⁹⁰ Voir *Re Chrysler Canada Ltd. and UAW Loc. 444* (1986), 23 L.A.C. (3^e) 366 (arbitrage) : le refus de réarranger les quarts de travail constitue un manquement à l'obligation d'accommodement dans la mesure où le problème semble circonscrit au demandeur ; l'arbitre déclare cependant que le problème se poserait différemment si de nombreux employés faisaient la même demande.

Dans le cas d'une entreprise ou d'un service public qui n'est pas soumis à l'impératif de la rentabilité et dont le financement repose directement ou indirectement sur les fonds publics, l'argument du coût semble reçu avec moins de sympathie par les tribunaux que dans le cas d'une entreprise privée, dont le fonctionnement obéit à la logique du profit. En effet, il est relativement facile pour les tribunaux, dans le cas d'un organisme financé par le gouvernement, d'en arriver à la conclusion que la dépense supplémentaire exigée par l'accommodement ne constitue qu'une fraction minime du budget total de l'organisme concerné, voire du budget de l'État. En outre, une telle attitude se justifie aisément suivant l'argument que les coûts supplémentaires seront répartis sur la grande masse des contribuables et n'entraîneront, pour chacun d'eux, qu'une dépense minime et, de toute façon, invisible. Cette tendance à considérer les dépenses publiques comme extensibles rend évidemment beaucoup plus difficile la défense de contrainte excessive fondée sur les coûts de l'accommodement réclamé⁹¹.

Il faut également souligner que la raisonnablement de l'accommodement réclamé et le caractère excessif de ses inconvénients constituent des questions de fait qui sont décidées par les tribunaux des droits de la personne souvent sympathiques aux plaignants. Leur détermination n'est normalement pas remise en cause par les tribunaux siégeant en appel ou en révision judiciaire⁹².

On peut se demander si les demandeurs d'accommodement ne devraient pas assumer en tout ou en partie les coûts supplémentaires occasionnés par les arrange-

⁹¹ La façon dont le Tribunal canadien des droits de la personne traite de l'argument des coûts dans l'affaire *Élections Canada*, *supra* note 46, paraît bien traduire cet état d'esprit. Dans cette affaire, les plaintes avaient été déposées par des personnes souffrant de déficiences physiques les contraignant à se déplacer en fauteuil roulant. Elles alléguaient qu'en raison de l'absence de bureaux de vote offrant l'accès de plain-pied, elles n'avaient pu se rendre aux bureaux de vote lors d'une élection fédérale générale. L'avocat des intimés tentait de prouver que le refus ou la distinction, dans chacun des cas, était justifié, parce qu'il était impossible pour les présidents d'élection de chacune des circonscriptions électorales en question de fournir un accès de plain-pied. Concernant cette défense de contrainte excessive, le Tribunal a commencé par déclarer ce qui suit :

les intimés devraient démontrer que le refus d'accès était raisonnablement nécessaire pour assurer le déroulement efficace et économique de l'élection. *Cependant, il me semble qu'il ne convient pas d'accorder trop d'importance à des facteurs économiques pour déterminer si le refus d'accès à un établissement non commercial est vraiment justifié.* De plus, une norme élevée de prudence sera requise, en raison de l'importance du droit apparemment violé (au para. 30) [nos italiques].

Le Tribunal a ensuite rendu une ordonnance aux termes de laquelle, entre autres, «[l]e droit à un traitement égal des électeurs du Canada qui souffrent d'une déficience physique comprend le droit de chaque électeur [...] à l'accès de plain-pied [*sic*] à tous les autres bureaux de scrutin, sauf si cette exigence empêche l'établissement d'un bureau de scrutin dans une région [...]» (à la p. D/376). Dans l'affaire *Eldridge*, *supra* note 24 aux pp. 686-87, le juge La Forest, pour la Cour, a souligné que le coût estimatif des services d'interprètes gestuels pour les personnes atteintes de surdité «s'élevait seulement à 150 000 \$, soit environ 0,0025 pour 100 du budget des soins de santé de la province». Il a ajouté que le refus de dépenser cette somme «relativement peu importante» pour ces services ne saurait être considéré comme une atteinte minimale aux droits garantis aux requérants par la *Charte canadienne*.

⁹² Voir par ex. l'affaire *Berg*, *supra* note 47 aux pp. 368-70, juge en chef Lamer.

ments particuliers qu'ils réclament. On constate que les organismes spécialisés dans la mise en œuvre des droits de la personne ne rejettent pas complètement cette idée, mais qu'ils ont tendance à se montrer assez peu exigeants à l'égard du demandeur d'accommodement et à considérer que, dans la mesure du raisonnable, le surcoût devrait être réparti sur l'ensemble des contribuables ou des usagers du service public en cause. Ainsi, dans l'affaire *Janssen c. Ontario (Milk Marketing Board)*⁹³, le plaignant, un producteur de lait ontarien, membre de la *Free Presbyterian Church of Scotland*, faisait partie de ceux qui refusaient de préparer le lait pour la livraison du dimanche en raison de leurs croyances religieuses (les «*no Sunday shippers*»). En conséquence, la Commission ontarienne de commercialisation du lait organisait une collecte laitière spéciale entraînant un surcoût afin de respecter la règle de livraison aux deux jours (soit un dimanche sur deux), pour garantir la fraîcheur du lait. Elle voulait imposer des frais supplémentaires aux *no Sunday shippers* et argumentait que la forcer à répartir le surcoût sur tous les producteurs laitiers aurait pour résultat de demander aux autres membres de subventionner leurs principes religieux. La Commission d'enquête décida que de répartir le surcoût sur toute la collectivité des producteurs de lait constituait un accommodement raisonnable qui n'entraînait pas une contrainte excessive pour la Commission de commercialisation du lait :

The prospect of making an order which will increase the expenses of dairy farmers who ship on the regular schedule is obviously something which must be done with great caution. However the *Ontario Human Rights Code* is meant to foster a society which will allow diversity to flourish. It is designed to protect and accommodate the needs and interests of those who differ from the dominant majority group. Although the *Code* does not require that any individual or group accommodate others to the point of undue hardship, severe suffering, or disproportionate privation, it does conceive of inconvenience, and some degree of disruption and expense. Insofar as we want to make space within our communities for the comfortable co-existence of those who differ by religion, sex, sexual orientation, race, disability, and family grouping, there will be commensurate costs to be borne by all of us⁹⁴.

Il convient de mentionner ici le document de la Commission des droits de la personne du Québec dans lequel on a conclu qu'en vertu de la *Charte québécoise*, l'administration carcérale a l'obligation de fournir à un détenu de religion juive, dans la mesure du possible, un régime alimentaire qui soit conforme à ses croyances religieuses⁹⁵. Selon la Commission, il s'agit d'un corollaire de la liberté de religion et du droit du détenu d'être traité avec humanité et respect. La Commission ajoute que l'obligation de fournir un tel régime existe tous les jours de l'année et pas uniquement lors des grandes fêtes juives. Le document précise enfin que les autorités correctionnelles ont, sur le plan juridique, la responsabilité d'assumer tous

⁹³ (1990), 13 C.H.R.R. D/397 (Commission d'enquête Ont.) [ci-après *Janssen*].

⁹⁴ *Ibid.* à la p. D/401 aux para. 30-31.

⁹⁵ Voir *Le régime alimentaire des détenus de foi hébraïque*, supra note 34.

les frais supplémentaires que peut entraîner la fourniture d'un régime casher aux détenus qui en font la demande⁹⁶.

b. L'entrave indue à l'exploitation de l'entreprise ou au bon fonctionnement du service

En matière de relations d'emploi, le deuxième grand facteur de contrainte excessive est l'entrave à l'exploitation sûre et économique de l'entreprise. Dans le domaine des biens ou services, on parlera plutôt d'entrave au fonctionnement efficace et économique du service. La règle qui entraîne l'effet discriminatoire doit être nécessaire au fonctionnement efficace et économique du service.

Comme le dit le professeur Proulx, «la simple commodité administrative [...] ne saurait être un argument valable pour refuser un accommodement [...]. Une administration un peu plus complexe n'est pas nécessairement une contrainte excessive»⁹⁷. En revanche, la Cour suprême a rejeté, dans l'arrêt *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*⁹⁸, la thèse selon laquelle le fournisseur de biens ou de services doit non seulement démontrer que ses politiques sont raisonnablement nécessaires au fonctionnement efficace et économique de l'entreprise, mais encore que «les fondations mêmes de son entreprise seraient ébranlées»⁹⁹ s'il devait les abandonner ou les modifier. Notons que cette dernière thèse fut parfois retenue dans la jurisprudence des tribunaux des droits de la personne¹⁰⁰.

Le demandeur d'accommodement pourra démontrer l'absence de contrainte excessive s'il établit que «l'on pourrait remplacer la pratique attaquée par un moyen moins discriminatoire qui permettrait également d'atteindre l'objectif recherché par l'entreprise»¹⁰¹. Somme toute, il s'agit de déterminer si la règle peut être réaménagée pour éviter la discrimination, tout en permettant l'exploitation de l'entreprise ou le fonctionnement du service de façon efficace et économique¹⁰². Rappelons que le titulaire de l'obligation d'accommodement a le fardeau de dé-

⁹⁶ Voir *ibid.*

⁹⁷ *Supra* note 4 à la p. 91.

⁹⁸ [1992] 2 R.C.S. 321, 93 D.L.R. (4^e) 346 [ci-après *Zurich Insurance* avec renvois aux R.C.S.]. En l'espèce, il s'agissait de discrimination directe plutôt qu'indirecte, puisque la compagnie d'assurance intimée modulait ses primes en fonction du sexe, de l'âge et du statut matrimonial. Cependant, comme on l'a souligné précédemment, de nombreux auteurs, ainsi qu'un courant jurisprudentiel, considèrent qu'en pratique les moyens de défense invocables et les sanctions applicables sont les mêmes qu'il s'agisse de discrimination directe ou de discrimination indirecte ; voir notes 14-15 et le texte correspondant.

⁹⁹ *Ibid.* à la p. 350, juge Sopinka ; voir également les propos de la juge L'Heureux-Dubé, *ibid.* à la p. 369.

¹⁰⁰ Par exemple, dans l'affaire *Howard*, *supra* note 51 à la p. D/361 au para. 50, le Tribunal écrit : «[t]he respondent did not adduce any evidence to suggest that the operations of the University would be seriously affected if it provided the complainant with an interpreter. There is no evidence to suggest the nature of its operation would fundamentally change or that it would cease to operate».

¹⁰¹ *Zurich Insurance*, *supra* note 98 à la p. 341, juge Sopinka.

¹⁰² Voir Proulx, *supra* note 4 à la p. 55.

montrer que toute modification de ses politiques est impossible, car trop complexe ou trop coûteuse.

c. Les droits d'autrui

En matière de relations d'emploi, le troisième grand facteur de contrainte excessive concerne les effets de l'accommodement recherché sur les droits des autres employés. Dans le domaine de la fourniture de biens ou de services ou d'accès aux lieux publics, on parlera plutôt des effets de cet accommodement sur les droits des autres clients de l'entreprise ou du service, ou encore sur les droits de la population en général. Comme l'affirme le juge Sopinka dans l'affaire *Renaud*, l'employeur pourra à bon droit refuser un accommodement s'il peut démontrer qu'il «entraînera une atteinte réelle, non pas anodine mais importante, aux droits d'autres employés»¹⁰³.

Ainsi, pour reprendre, en le modifiant un peu, un exemple mentionné dans l'avis du Conseil des communautés culturelles et de l'immigration de juillet 1993¹⁰⁴, si des parents s'appuyaient sur une interprétation fondamentaliste de la Bible et en invoquaient certains passages («[t]u le frappes [l'enfant] avec les verges, mais tu sauves son âme de l'enfer»¹⁰⁵) pour réclamer, au nom de leur liberté de religion, le droit d'infliger à leurs enfants des sanctions corporelles prohibées par les lois québécoises de protection de la jeunesse, un tel accommodement devrait être refusé car portant manifestement atteinte aux droits des enfants.

Dans le même avis, on donne également l'exemple d'un accommodement relatif aux modalités d'utilisation des piscines municipales par des groupes d'usagers musulmans¹⁰⁶. Ces groupes demandaient que leurs jeunes aient un accès réservé à une piscine municipale, puissent se baigner dans un costume spécial et que les sexes soient séparés durant la période totale réservée au groupe. De plus, le surveillant chaque groupe devait être du même sexe que les usagers. La solution adoptée a été de réserver la piscine aux groupes musulmans pour une durée de trois heures par semaine, pendant laquelle les autres usagers étaient exclus, ce qui constituait une discrimination directe, fondée sur la religion, à leur égard. Cepen-

¹⁰³ *Renaud*, *supra* note 22 aux pp. 984-85, 991-92 ; voir aussi *Smart*, *supra* note 81 à la p. 16 du texte intégral ; *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.S.C. 295 à la p. 346, 18 D.L.R. (4^e) 321 [ci-après *Big M Drug Mart* avec renvois aux R.C.S.], où la Cour, par la voix du juge en chef Dickson, a souligné que la liberté de religion exige «que chacun soit libre d'avoir et de manifester les croyances et les opinions que lui dicte sa conscience, à la condition notamment que ces manifestations ne lèsent pas ses semblables ou leur propre droit d'avoir et de manifester leurs croyances et opinions personnelles». Voir également *Janssen*, *supra* note 93 où la Commission d'enquête a conclu que la répartition, sur l'ensemble des producteurs de lait, du surcoût occasionné par l'accommodement consenti aux *no Sunday shippers* ne constituait pas une atteinte suffisamment grave aux droits des autres producteurs pour entraîner une contrainte excessive.

¹⁰⁴ Voir *La gestion des conflits de normes*, *supra* note 36 à la p. 2.

¹⁰⁵ Proverbes, chapitre 13, verset 12 ; v.a. Hébreux, chapitre 12, verset 6.

¹⁰⁶ Voir *La gestion des conflits de normes*, *supra* note 36 à la p. 63. En l'occurrence, cette demande a fait l'objet d'une négociation à l'amiable. On ne sait donc pas si un tribunal en serait arrivé à la conclusion que le fait, pour la municipalité, d'ouvrir la piscine aux deux sexes sans distinction constitue de la discrimination indirecte fondée sur la religion.

dant, étant donné la courte durée de la période réservée, l'effet discriminatoire n'était pas assez important pour justifier le refus de l'accommodement. Par ailleurs, le fait que les sauveteurs employés durant cette période soient choisis en fonction de leur sexe entraîne une seconde forme de discrimination directe. Il est vrai qu'ils se partagent également la période de trois heures, ce qui signifie qu'ils travaillent pendant une heure et demie chacun. Il n'en reste pas moins que si deux hommes ou deux femmes se présentaient pour l'emploi, il faudrait nécessairement refuser l'un d'eux sur la base de son sexe. Il y aurait donc discrimination selon la *Charte québécoise*, qu'on pourrait tenter de justifier en invoquant l'article 20¹⁰⁷ (distinctions fondées sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi¹⁰⁸).

Les demandes d'accommodement fondées sur la liberté de religion pour refuser des traitements médicaux pour des enfants, par exemple la transfusion sanguine ou la vaccination obligatoire, entreront évidemment en conflit avec le droit de ces derniers à la vie et à la santé ainsi qu'avec l'impératif de protection de la santé publique dans le cas de la vaccination. Étant donné l'importance des intérêts en cause, de tels accommodements seront généralement refusés¹⁰⁹.

Le droit fondamental avec lequel les demandes d'accommodement fondées sur la religion risquent le plus d'entrer en conflit est celui de l'égalité des femmes. En effet, de nombreuses religions contiennent des principes concernant par exemple la vie familiale, les successions, le statut des personnes ou le code vestimentaire qui sont incompatibles avec l'égalité des sexes dans la mesure où ils confinent la femme à un statut subordonné. Lorsqu'une collectivité religieuse exige des adaptations à la législation civile ou aux politiques d'organismes privés ou publics pour faire respecter ces pratiques et représentations discriminatoires, l'accommodement recherché entrera en conflit avec le droit à l'égalité des femmes. La solution à ce

¹⁰⁷ *Supra* note 3.

¹⁰⁸ Dans *Stanley c. Gendarmerie Royale du Canada* (1987), 8 C.H.R.R. D/3799 (T.C.D.P.), la politique d'exclusion des femmes du poste de gardien de prison fut jugée justifiée au sens de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, *supra* note 42, parce qu'il n'était pas possible d'aménager les cellules de manière à respecter l'intimité des détenus masculins. Par contre, dans *Weatherall c. Canada (P.G.)* (1990), [1991] 1 C.F. 85, 112 N.R. 379 (C.A.), conf. par [1993] 2 R.C.S. 872, 105 D.L.R. (4^e) 210, où l'on invoquait l'article 15 de la *Charte canadienne*, *supra* note 2, l'exclusion des femmes a été jugée excessive dans la mesure où il était possible d'aménager les lieux de manière à ce que le droit à l'intimité des individus surveillés soit respecté. La jurisprudence américaine offre également des exemples intéressants. Dans *Bollenbach c. Monroe-Woodbury Cent. School Dist.*, 659 F. Supp. 1450 (S.D. N.Y. 1987), on a jugé que la décision de la Commission scolaire d'exclure les femmes comme chauffeurs d'autobus pour les circuits déservant les écoliers masculins juifs hassidiques était contraire au Premier Amendement ainsi qu'au *Civil Rights Act* de 1964 (la décision avait été prise pour accommoder l'exigence de séparation stricte des deux sexes faisant partie des règles hassidiques) ; dans *Parents' Association of P.S. 16 c. Quinones*, 803 F. 2d 1235 (2d Cir. 1986), un projet de la municipalité de mettre à la disposition des écolières juives hassidiques des locaux physiquement distincts, à l'intérieur d'une école publique, et un corps professoral uniquement féminin, a aussi été jugé contraire au Premier Amendement.

¹⁰⁹ Voir, par ex., *B.(R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, 26 C.R.R. (2^e) 202 [ci-après *Children's Aid Society* avec renvois aux R.C.S.] ; pour d'autres décisions dans le domaine du refus des traitements médicaux et une intéressante discussion, voir Horwitz, *supra* note 14 aux pp. 43-47.

conflit de droits dépendra de différents facteurs dont l'importance accordée à la pratique religieuse en cause, la gravité de la violation au droit à l'égalité et aux autres droits éventuellement atteints, l'existence d'un consentement éclairé de la part des personnes dont les droits sont mis en cause et, enfin, l'effet de la solution adoptée sur la société dans son ensemble.

À l'une des extrémités du spectre, les pratiques religieuses exigeant par exemple la mutilation des femmes sont clairement inacceptables et ne sauraient faire l'objet d'aucun accommodement. Quelle que soit l'importance religieuse d'une telle pratique pour ses adhérents, la gravité de la violation qu'elle entraîne au droit à l'égalité et au droit à la sécurité des femmes est telle qu'elle ne doit pas être tolérée et l'apparent consentement des victimes irait à l'encontre de l'ordre public. En effet, pour autant qu'on puisse considérer qu'il y a de leur part renonciation aux droits en cause, celle-ci devrait être jugée invalide¹¹⁰.

À l'autre extrémité du spectre, les règles concernant le port du voile islamique entraînent une violation du droit à l'égalité qui reste bien moins grave que la précédente. En outre, il est parfaitement concevable que des femmes acceptent en toute liberté de se soumettre à une telle pratique et en retirent des avantages personnels importants de nature psychologique et spirituelle. Il est cependant vraisemblable qu'un grand nombre de femmes appartenant aux collectivités religieuses en cause n'accepteront une telle pratique que sous la pression — directe ou diffuse — de leur famille et de leur environnement social. Enfin, on pourrait considérer que la reconnaissance civile d'un code vestimentaire religieux qui infériorise les femmes a des effets négatifs non seulement sur les personnes directement concernées, mais sur l'ensemble des femmes en maintenant et en renforçant les préjugés sociaux à leur encontre. La pondération de toutes ces considérations, dans la mesure où elle est extrêmement difficile à réaliser, entraînera inévitablement des résultats imparfaits qui provoqueront l'insatisfaction de certaines, voire de toutes, les parties concernées. En outre, une telle pondération peut difficilement être réalisée dans l'abstrait ; elle devra plutôt tenir compte de toutes les variables des situations factuelles dans lesquelles le problème surgira.

On peut faire remarquer que, d'un point de vue tactique et rhétorique, celui qui veut écarter une demande d'accommodement fondée sur la liberté de religion aura vraisemblablement plus de chances de succès en invoquant le fait que l'accommodement recherché léserait les droits d'autrui qu'en s'appuyant sur son coût excessif ou sur l'entrave qu'il entraînerait à l'exploitation de l'entreprise ou au bon fonctionnement du service considéré. De même, pour justifier la limitation de

¹¹⁰ D'autres accommodements mettant en cause les droits des femmes et fondés sur les pratiques culturelles plutôt que sur la religion ont déjà été proposés. Par exemple, l'accommodement consistant à prévoir une exception aux lois fixant l'âge minimum pour le mariage afin de permettre à une jeune fille enceinte de se marier en deçà de cet âge si elle appartient à une collectivité dans laquelle un tel comportement est considéré comme normal ; l'accommodement consistant à modifier la règle selon laquelle la police doit toujours porter des accusations en cas de violence conjugale et qui serait justifié par le fait que les femmes immigrantes et les femmes des minorités visibles appartiennent à des collectivités où la violence conjugale est traditionnellement davantage tolérée.

la liberté de religion, il vaut mieux invoquer la nécessité de protéger les droits d'autrui que la sécurité, la santé ou l'ordre publics. En effet, les tribunaux qui sont investis de la mission de protéger les droits et libertés accepteront plus facilement la limitation des droits des uns par ceux des autres que par des considérations d'intérêt général.

Si les mesures d'accommodement accordées à certaines personnes ne doivent pas avoir d'effet discriminatoire déraisonnable sur d'autres, le simple fait de prévoir un traitement particulier pour les demandeurs d'accommodement ne constitue pas de la «discrimination à rebours», si cette mesure est nécessaire pour éviter que ceux-ci ne soient pénalisés du fait de leur appartenance à un groupe minoritaire. C'est ce qu'illustre le jugement de la Cour suprême dans l'affaire *Bergevin*. Dans cette affaire, la Cour d'appel du Québec, à la majorité, avait considéré que le fait d'accorder à des enseignants juifs un congé payé d'une journée pour assister à la fête religieuse du Yom Kippour serait «de nature à créer une discrimination à rebours» en imposant aux professeurs non visés par l'accommodement de travailler une journée de plus¹¹¹. En Cour suprême, ce point de vue a été énergiquement rejeté. Le juge Cory a souligné que la convention collective prévoyait qu'un enseignant pouvait s'absenter jusqu'à trois jours par an sans perte de traitement si cette absence était justifiée par un motif valable¹¹². Qui plus est, il a relevé que, par le passé, les absences rémunérées incluaient la célébration du Yom Kippour (ce qui, au demeurant, démontrait que le remplacement et la rémunération des enseignants juifs absents ce jour-là ne constituaient pas un fardeau déraisonnable pour l'employeur)¹¹³.

Enfin, comme autre exemple de situation où la manifestation extérieure des convictions religieuses a été considérée comme pouvant entraîner une atteinte aux droits d'autrui, il faut mentionner la décision de la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Karaduman c. Turquie*¹¹⁴, dans laquelle la décision contestée a été considérée comme une limite raisonnable au droit de manifester ses convictions religieuses (art. 9 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*¹¹⁵). En l'occurrence, une université d'état turque avait refusé de délivrer un diplôme à une étudiante musulmane au motif que,

¹¹¹ (2 juin 1992), Montréal 500-05-003544-879, J.E. 92-1020 (C.A.) (à la p. 24 du jugement intégral, juge Brossard).

¹¹² Voir *Bergevin*, *supra* note 9 aux pp. 546-50.

¹¹³ Voir *ibid.* à la p. 550. Sur ce point, voir également Lepofsky, *supra* note 4 à la p. 20 :

Viewed up close, and without adequate context, it is true that a worker, when accommodated, tends to be treated "differently" than some or all other co-workers, [...] However, viewed in the overall context of the workplace, this apparent different treatment is but a modest means of attaining for the accommodated worker *equality* of treatment in the workplace — that is the same opportunity to obtain and retain a job at that place of employment that other workers enjoy. Indeed, this prerequisite is a *sine qua non* of the duty to accommodate [italiques de l'original].

¹¹⁴ (1993), 74 Comm. Eur. D.H.D.R. 93, 36 Ann. Conv. Eur. D.H. 66.

¹¹⁵ 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. 5 (entrée en vigueur le 3 septembre 1953). Le traité est mieux connu sous le nom de «*Convention européenne des droits de l'Homme*».

contrairement au règlement en vigueur, elle n'avait pas produit une photographie d'identité sur laquelle elle apparaissait sans foulard. La Commission développe, pour arriver à ce résultat, une double motivation. D'une part, un diplôme universitaire est jugé comme ne constituant pas un support adéquat pour la manifestation de convictions religieuses : la photographie y est apposée pour des fins d'identification seulement. D'autre part, la manifestation extérieure des croyances religieuses par le port du foulard islamique est assimilée à une pression sur les étudiants qui ne pratiquent pas la religion musulmane ou qui adhèrent à une autre religion, susceptible de mettre en cause aussi bien l'ordre public que le respect dû aux opinions d'autrui. Cette deuxième motivation s'explique bien sûr par le fait qu'en Turquie la religion musulmane est ultra-dominante, si bien que la Commission a voulu protéger les minorités religieuses de ce pays. Au Canada, la même religion est nettement minoritaire, si bien que les manifestations extérieures s'y rapportant pourraient moins facilement être considérées comme exerçant une pression indue sur ceux qui ne la pratiquent pas, encore qu'il soit possible qu'une certaine pression s'exerce à l'intérieur d'un groupe, sur ses membres réticents à suivre la coutume en cause.

Le titulaire de l'obligation d'accommodement — employeur ou fournisseur de biens ou de services — tentera parfois de démontrer que l'accommodement recherché entraînerait une contrainte excessive dans la mesure où, s'il est accordé au plaignant, une avalanche de demandes semblables s'ensuivra : c'est l'argument de l'effet boule de neige. Comme on l'a déjà mentionné, pour s'appuyer avec succès sur un tel argument, il est nécessaire de démontrer qu'une multiplication de demandes semblables s'est effectivement produite ou va réellement se produire à l'avenir ; de simples craintes quant à l'effet boule de neige ne suffisent pas à démontrer la contrainte excessive¹¹⁶.

Une variante de l'argument boule de neige consiste à prétendre que, si on accorde un accommodement limité à certains, par exemple si l'on permet aux enseignants juifs de s'absenter un jour par an pour le Yom Kippour, d'autres risquent de s'appuyer sur ce précédent pour réclamer des arrangements plus considérables, comme le droit de s'absenter un jour par semaine. Dès lors, le principe d'égalité empêchera qu'on refuse aux uns ce qu'on a reconnu aux autres. Un tel argument avait été retenu par les juges majoritaires de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Bergevin*¹¹⁷. La Cour suprême par la voix du juge Cory a cependant écarté ce motif de la façon suivante :

¹¹⁶ Dans l'affaire *Eldridge*, *supra* note 24 aux pp. 687-88, le procureur général avait invoqué l'argument de l'effet boule de neige en prétendant que, si on obligeait les hôpitaux à fournir des interprètes aux personnes atteintes de surdité, ils devraient également en fournir aux personnes qui ne parlent pas l'une ou l'autre des langues officielles du Canada, augmentant ainsi de façon marquée le coût du programme. Le juge La Forest, pour la Cour, a rejeté cet argument en soulignant qu'il relevait «entièrement de la spéculation» et que le procureur général n'avait produit aucun élément de preuve sur le coût éventuel de l'extension des services d'interprétation à certaines catégories d'entendants.

¹¹⁷ *Supra* note 9.

[j]e reconnais que, dans d'autres cas, il pourra exister des circonstances où l'accommodement raisonnable serait impossible. Par exemple, si un enseignant devait, à cause de ses croyances religieuses, s'absenter tous les vendredis de l'année, il pourrait bien alors être impossible pour l'employeur de composer raisonnablement avec les croyances et les exigences religieuses de cet enseignant¹¹⁸.

Autrement dit, les limites de l'obligation d'accommodement découlent du concept même d'accommodement raisonnable : si les musulmans demandaient un jour de congé par semaine, plutôt qu'un jour par an comme les juifs, cela ne serait pas raisonnable et n'entraînerait donc pas d'obligation correspondante pour l'employeur. En matière de réarrangement des horaires de travail, l'accumulation des demandes par divers groupes religieux pourrait rendre l'accommodement impossible ; le phénomène produirait donc ses propres limites.

Comme les exemples précédents le démontrent, le concept d'accommodement raisonnable et les critères dégagés pour sa mise en œuvre, bien qu'ils puissent être exposés et généralisés sur un plan théorique, font l'objet d'une application qui dépend étroitement des faits propres à chaque affaire ainsi que du déroulement concret de la négociation qui a eu lieu. Par conséquent, les résultats dans un cas particulier sont difficilement prévisibles si on ne connaît pas tous les faits de façon détaillée. Même s'ils sont connus, le pronostic reste ardu, car il est presque impossible de prévoir l'importance que l'autorité décisionnelle attachera à chacun des faits pertinents. C'est ce que la Cour suprême reconnaît dans l'affaire *Renaud*, où le juge Sopinka affirme que «[c]e qui constitue des mesures raisonnables est une question de fait qui variera selon les circonstances de l'affaire»¹¹⁹. De même, dans l'affaire *Gohm c. Domtar Inc.*, la Commission d'enquête a déclaré : «[t]his duty [to accommodate] defies generalization, because each case will involve unique circumstances»¹²⁰.

Soulignons pour terminer que la preuve du caractère raisonnable d'un accommodement sera d'autant plus facile à faire que l'accommodement recherché aura déjà été accordé auparavant soit au plaignant, soit à d'autres personnes dans la même situation. Ainsi, comme on l'a vu, dans l'affaire *Bergevin*, la Cour suprême du Canada a beaucoup insisté sur le fait que l'observance d'une fête religieuse par les enseignants de religion juive avait déjà été, par le passé, considérée comme un motif valable d'absence, pour en arriver à la conclusion qu'il s'agissait d'une solution raisonnable, n'entraînant pas de contrainte excessive, et que, par conséquent, le même accommodement devrait leur être concédé à l'avenir par leur Commission scolaire¹²¹.

En somme, un employeur, un fournisseur de biens ou de services susceptible de devenir titulaire d'une obligation d'accommodement doit être conscient du fait

¹¹⁸ *Ibid.* à la p. 551.

¹¹⁹ *Supra* note 22 à la p. 984.

¹²⁰ (1990), 12 C.H.R.R. D/161 à la p. D/175, para. 96, 90 C.L.L.C. 17,027 (Commission d'enquête Ont.), conf. par (1992), 8 O.R. (3^e) 65, 89 D.L.R. (4^e) 305 (C. div. Ont.).

¹²¹ Voir *supra* note 9 à la p. 550, juge Cory.

qu'en accordant un accommodement, il crée un précédent qui pourra ensuite être invoqué contre lui.

II. L'obligation d'accommodement fondée sur le droit à l'égalité et la liberté de religion dans le cadre de la *Charte canadienne des droits et libertés* et de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec

Dans le cadre de la *Charte canadienne* et de la *Charte québécoise*, l'obligation d'accommodement raisonnable en matière religieuse peut être fondée soit sur le droit à l'égalité, soit sur la liberté de religion. Cependant, la transposition d'un concept né et élaboré dans le domaine des relations de travail et de la fourniture de biens ou de services à celui de l'activité législative et réglementaire pose certains problèmes. Nous commencerons par les examiner. Puis, nous verrons le parallélisme qui existe entre la liberté de religion et le droit à l'égalité sans discrimination fondée sur la religion, et nous analyserons l'obligation d'accommodement comme élément constitutif de la liberté de religion. Enfin, nous nous pencherons sur les conditions nécessaires pour invoquer la liberté de religion afin d'obtenir un accommodement.

A. La transposition de l'obligation d'accommodement dans le domaine de l'activité législative et réglementaire

1. L'invalidation ou la reformulation judiciaire des normes qui créent une discrimination religieuse indirecte

La question de l'accommodement ou de l'adaptation peut se soulever dans le domaine législatif et réglementaire lorsqu'une loi, tout en étant raisonnable et d'application neutre, entraîne une discrimination indirecte fondée sur un motif illégitime ou une atteinte à la liberté de religion. Cependant, les règles relatives à l'obligation d'accommodement développées dans le domaine de l'emploi ou de la fourniture de biens et de services ne pourront que difficilement être transposées dans le domaine des normes législatives. Par exemple, dans ces deux premiers domaines, la mise en œuvre de l'accommodement demande très souvent des mesures individualisées, taillées sur mesure pour une personne en particulier. Une telle approche est beaucoup plus difficile à mettre œuvre dans le cas d'un texte législatif qui, par définition, s'applique à un nombre indéterminé de situations particulières. De même, dans le domaine des relations de travail et de la fourniture de biens et de services, un élément essentiel de l'accommodement est l'obligation mutuelle de négociation qui s'impose aux protagonistes. Dans le cas d'un texte législatif, on voit mal entre qui et selon quelles modalités une telle négociation pourrait avoir lieu. En outre, l'accommodement, dans la mesure où il supposerait une modification de certaines dispositions de la loi pour en exempter les intéressés ou en changer la teneur à leur égard, exigerait l'adoption d'une nouvelle loi remplaçant l'ancienne, ce qui constituerait un processus extrêmement lourd, surtout si les de-

mandeurs d'accommodement ne sont pas nombreux. Il faut donc découvrir d'autres modalités d'accommodement propres au domaine législatif.

Une première modalité, qui est celle de l'intervention dans le processus politique, ne nous intéresse guère ici, dans la mesure où elle ne soulève pas de problèmes juridiques particuliers. Si les demandeurs d'accommodement réussissent, en exerçant des pressions politiques, à convaincre les autorités gouvernementales de modifier la loi en leur faveur, la question se réglera sans entraîner de contentieux. Comme on l'a vu précédemment, la Commission québécoise des droits de la personne peut intervenir en émettant une opinion qui soutient les demandeurs d'accommodement, ce qui leur donnera des arguments et créera une pression sur les décideurs politiques.

Si les demandeurs d'accommodement n'obtiennent pas satisfaction par le biais du processus politique, ils s'adresseront aux tribunaux. Si ces derniers en arrivent à la conclusion que la loi entraîne une discrimination indirecte, ils auront le choix entre deux grandes solutions. La première option consiste à invalider purement et simplement la loi en cause. L'inconvénient est que la norme sera annulée à l'égard de tous, alors que, par hypothèse, elle est raisonnable et justifiée et n'entraîne d'effets discriminatoires qu'à l'égard d'un petit nombre de personnes. L'avantage, par contre, sera que le législateur pourra reformuler la norme comme il l'entend, tout en prévoyant les exceptions, exemptions ou modifications nécessaires pour en faire disparaître l'effet discriminatoire. Cependant, la multiplication de cas de ce genre pourrait surcharger l'agenda législatif ; en outre, il y a quelque disproportion à engager le processus législatif pour régler des problèmes qui, dans certains cas, n'affectent que très peu de personnes.

La deuxième solution, qui tente de pallier les inconvénients de la précédente, consiste en une reformulation judiciaire de la norme contestée, pour rétablir sa conformité aux Chartes sans devoir faire appel au processus législatif. Cette reformulation judiciaire peut prendre différentes formes, qui sont bien connues en droit constitutionnel¹²². Ainsi, l'interprétation atténuée ou conciliatrice (*reading down*) consiste à réduire par interprétation la portée de la règle contestée pour en éliminer les effets inconstitutionnels. Par exemple, un règlement municipal interdisant de façon générale la distribution de brochures sur la voie publique pourrait être interprété comme s'appliquant ou non aux témoins de Jéhovah ; la deuxième solution aurait pour effet de maintenir la validité du règlement, tout en soustrayant les membres de cette Église à son application, respectant ainsi leur liberté de religion.

La distinction des effets (*reading out*) consiste à limiter la déclaration d'invalidité aux seuls effets inconstitutionnels de la mesure contestée. Cette modalité peut aboutir à la création d'une « exemption constitutionnelle » lorsqu'une disposition législative n'est inconstitutionnelle qu'à l'égard d'un groupe particulier ; cela revient alors à créer, par voie jurisprudentielle, une exception à l'application

¹²² Sur cette question, voir R. Tassé et L. Tassé, « Application de la *Charte canadienne des droits et libertés* (articles 30-31-32-33 et 52) » dans G.-A. Beaudoin et E.P. Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, 27 à la p. 83 et s.

de la loi en faveur de ce groupe¹²³. C'est ce qu'a reconnu le juge en chef Dickson dans l'affaire *Edwards Books*¹²⁴.

Enfin, l'interprétation large ou bonificatrice (*reading in*) consiste à élargir la portée de la règle contestée pour rétablir sa compatibilité avec la Constitution ; elle revient à ajouter par voie d'interprétation, dans la disposition contestée, des mots qui n'y figurent pas, mais qui rétabliraient sa conformité avec la Constitution. Cette technique permet, par exemple, d'étendre le bénéfice d'une prestation lorsque celle-ci, pour des raisons tenant à un motif illicite (comme la religion), ne bénéficie pas à toutes les personnes qui devraient y avoir droit. Dans l'affaire *Schachter c. Canada*, la Cour suprême a indiqué quelles conditions doivent être respectées pour que cette forme de reconstruction judiciaire soit permise¹²⁵.

Toutes ces techniques permettent donc une reformulation ou reconstruction judiciaire de la norme contestée afin d'en éliminer les aspects inconstitutionnels, l'avantage étant que la norme pourra être maintenue une fois corrigée. Il devient donc inutile de déranger les autorités législatives pour parvenir au résultat recherché.

Sur le plan des principes constitutionnels, ces techniques sont cependant difficiles à concilier avec la séparation des pouvoirs puisqu'elles amènent les tribunaux à exercer un véritable rôle de co-législateurs. Pour atténuer ce problème, les juges doivent faire preuve de retenue judiciaire : le texte contesté, une fois reformulé par la Cour, doit demeurer suffisamment semblable au texte original pour qu'on puisse penser que le législateur l'aurait quand même adopté.

2. Les limites de l'obligation d'accommodement : l'application des clauses limitatives des deux Chartes

Lorsque l'obligation d'accommodement s'impose au législateur, ses limites découleront de l'application des clauses limitatives des deux Chartes, à savoir l'article 1 de la *Charte canadienne*¹²⁶ et l'article 9.1 de la *Charte québécoise*¹²⁷.

a. L'article 1 de la Charte canadienne

¹²³ Au Canada, voir par ex. l'affaire *Videoflicks*, *supra* note 33.

¹²⁴ *Supra* note 33 aux pp. 752, 780 ; voir aussi *Big M Drug Mart*, *supra* note 103 à la p. 337, juge en chef Dickson.

¹²⁵ [1992] 2 R.C.S. 679, 93 D.L.R. (4^e) 1. En premier lieu, il faut pouvoir déterminer avec suffisamment de précision dans quelle mesure l'élargissement de la portée d'une loi est nécessaire pour la rendre compatible avec la Constitution. En second lieu, l'élargissement ne doit pas avoir pour conséquence de modifier la nature du régime législatif en question (notamment du point de vue financier). Lorsqu'il s'agit d'élargir le cercle des bénéficiaires d'une prestation, la question tournera autour de la taille relative des deux groupes pertinents (le groupe inclus et le groupe à inclure) : l'élargissement sera d'autant plus facile que le groupe «à ajouter» sera numériquement moins important que le groupe initial des bénéficiaires (mais sans que l'on puisse en faire un critère automatique et absolu).

¹²⁶ *Supra* note 2.

¹²⁷ *Supra* note 3.

Celui qui veut repousser l'obligation d'accommodement doit démontrer que l'application intégrale de la norme, sans les exceptions réclamées par le demandeur, est nécessaire pour atteindre un objectif législatif légitime et important. Plus précisément, sous l'empire de l'article 1 de la *Charte canadienne*¹²⁸, en appliquant le test de l'arrêt *R. c. Oakes*¹²⁹, il faudra démontrer successivement que l'application entière de la norme constitue un moyen rationnel d'atteindre l'objectif législatif ; qu'il n'existe pas de moyens d'y parvenir qui soient moins attentatoires aux droits en cause (critère de l'atteinte minimale) ; enfin, qu'il y a proportionnalité entre les effets bénéfiques de la mesure et ses effets restrictifs¹³⁰. En fait, le critère de l'atteinte minimale, qui est au coeur du test de l'article 1, correspond en grande partie, pour ce qui est des concepts, à la défense de contrainte excessive qui permet de s'opposer à l'obligation d'accommodement raisonnable dans le cadre des lois sur les droits de la personne. C'est ce qui ressort du jugement de la Cour suprême dans l'affaire *Edwards Books*, où l'application du critère de l'atteinte minimale amène la Cour à se demander si le législateur ontarien, en interdisant l'ouverture des magasins le dimanche et en prévoyant certaines exceptions pour ceux qui ferment déjà le samedi, a suffisamment fait d'efforts pour accommoder les commerçants qui, pour des raisons religieuses, doivent respecter un jour de repos autre que le dimanche¹³¹.

b. L'article 9.1 de la Charte québécoise

Dans le cas de la *Charte québécoise*, si l'accommodement raisonnable est réclamé en vertu de la liberté de religion garantie à l'article 3, on appliquera la clause limitative contenue à l'article 9.1¹³². La Cour suprême a jugé, dans l'arrêt *Ford c.*

¹²⁸ *Supra* note 2.

¹²⁹ [1986] 1 R.C.S. 103 à la p. 139, 26 D.L.R. (4^e) 200 [ci-après *Oakes* avec renvois aux R.C.S.].

¹³⁰ Pour une analyse de ce test et de son évolution, en particulier dans l'arrêt *Edwards Books*, *supra* note 33, voir J. Woehrling, «L'article 1 de la *Charte canadienne* et la problématique des restrictions aux droits et libertés : l'état de la jurisprudence de la Cour suprême» dans *Droits de la personne : l'émergence de droits nouveaux — Aspects canadiens et européens (Actes des Journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures, 1992)*, A. Deslongchamps et al., dir., Cowansville (Qué.), Yvons Blais, 1993, 3.

¹³¹ Voir *Edwards Books*, *supra* note 33 à la p. 772 et s. Voir également les motifs de la juge L'Heureux-Dubé dans *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609 à la p. 672, 140 D.L.R. (4^e) 385 [ci-après *Adler* avec renvois aux R.C.S.]. Dans l'affaire *Eldridge*, *supra* note 24 aux pp. 681-82, le Juge La Forest, pour la Cour, a souligné que, dans les cas où l'article 15(1) de la *Charte canadienne*, *supra* note 2 s'applique, il était préférable d'examiner la défense de contrainte excessive dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier ; il ajouta que «[d]ans ce contexte, le principe des accommodements raisonnables équivaut généralement au concept des "limites raisonnables"». Sur la similarité, voire l'identité, des critères de justification applicables en matière de discrimination sous l'empire des lois sur les droits de la personne, d'une part, et sous celui de la *Charte canadienne* d'autre part, voir *Watkin*, *supra* note 14 à la p. 100 et s. On peut également souligner qu'en droit américain, les tribunaux appliquent, lorsqu'ils ont à juger de la justification d'une restriction à la liberté de religion ou d'une discrimination fondée sur la religion, le même critère de l'atteinte minimale que celui de l'affaire *Oakes* («least restrictive means of achieving a compelling governmental objective») ; sur ce point, voir notamment W.C. Durham Jr., «Freedom of Religion: The United States Model» (1994) 42 Am. J. Comp. L. 617 à la p. 624.

¹³² *Charte québécoise*, *supra* note 3.

*Québec (P.G.)*¹³³, qu'elle doit être mise en œuvre selon les mêmes critères que l'article 1 de la *Charte canadienne*. Les choses seront cependant plus compliquées si l'accommodement raisonnable est réclamé en vertu de l'article 10 de la *Charte québécoise* qui interdit la discrimination, notamment celle fondée sur la religion, dans un certain nombre de domaines d'activités ainsi que dans l'exercice des autres droits et libertés contenus dans la Charte. En effet, l'article 9.1 ne vise que les dispositions qui le précèdent et ne s'applique pas à l'article 10¹³⁴.

Dans la mesure où la *Charte québécoise* interdit la discrimination découlant de certains agissements de personnes privées ou d'organismes étatiques, les seules exceptions à cette prohibition sont celles expressément prévues aux articles 14, 18, 19 et 20. Le problème est plus complexe en ce qui concerne l'application de l'article 10 à l'activité normative du législateur. D'une part, comme il vient d'être mentionné, l'article 9.1 ne vise pas l'article 10 ; d'autre part, celui-ci ne contient qu'une seule disposition limitative susceptible d'être invoquée par le législateur. Il s'agit de l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge «sauf dans la mesure prévue par la loi»¹³⁵. Il faut dès lors se demander si l'article 10 place le législateur sous le coup d'une interdiction absolue d'adopter des distinctions fondées sur l'un des treize autres critères prohibés, autrement dit, la question est de savoir si une loi contenant une telle distinction n'est en aucun cas susceptible de justification.

La doctrine est divisée sur cette question délicate et les réponses apportées jusqu'à présent par la Cour suprême ne sont pas dénuées d'ambiguïté. En fait, le problème se pose différemment selon que l'article 10 est appliqué en conjonction avec un droit soumis à une disposition limitative spécifique¹³⁶, ou à l'article 9.1, ou avec un droit qui n'est soumis à aucune disposition limitative¹³⁷.

¹³³ [1988] 2 R.C.S. 712 aux pp. 770-71, 54 D.L.R. (4^e) 577 [ci-après *Ford* avec renvois aux R.C.S.].

¹³⁴ Voir *ibid.* à la p. 781.

¹³⁵ *Charte québécoise*, *supra* note 3, art. 10.

¹³⁶ Mise à part la disposition limitative de l'article 9.1, les droits ou libertés garantis dans une douzaine d'articles de la *Charte québécoise*, *ibid.*, sont assortis de limites particulières. Ces dispositions limitatives spécifiques se rangent en deux catégories, selon qu'elles confèrent au législateur une autorité discrétionnaire pour restreindre les droits et libertés ou qu'elles énoncent un standard limitatif demandant à être appliqué par les tribunaux. Dans la première catégorie, on peut par exemple ranger l'article 6, qui garantit le droit à la jouissance paisible et à la libre disposition des biens, «sauf dans la mesure prévue par la loi» ou l'article 9, en vertu duquel une «disposition expresse de la loi» peut autoriser les personnes tenues au secret professionnel à divulguer les renseignements confidentiels qui leur ont été révélés en raison de leur état ou profession. Dans la deuxième catégorie, on trouve notamment l'article 2 qui dispose que tout être humain dont la vie est en péril a droit au secours et que toute personne doit porter secours à celui dont la vie est en péril, «à moins d'un risque pour elle ou pour les tiers ou d'un autre motif raisonnable». De même, l'article 24.1 prévoit que nul ne peut faire l'objet de saisies, perquisitions ou fouilles «abusives». Dans ces deux cas, le caractère raisonnable de la restriction au droit ou à la liberté en cause devra être apprécié par les tribunaux.

¹³⁷ L'article 10 de la *Charte québécoise*, *ibid.*, contrairement à l'article 15 de la *Charte canadienne*, *supra* note 2, ne garantit pas le droit à l'égalité en tant que tel, c'est-à-dire indépendamment des autres droits et libertés. Une discrimination, pour être illicite, doit pouvoir être rattachée à l'exercice d'un droit ou d'une liberté garantis ailleurs qu'à l'article 10, en l'occurrence les libertés et droits fondamentaux du chapitre I, les droits politiques du chapitre II, les droits judiciaires du chapitre III ou les droits économiques et

Depuis l'arrêt *Devine c. Québec (P.G.)*¹³⁸, la situation semble relativement claire pour ce qui est de l'application de l'article 10 en conjonction avec les articles 1 à 9 de la *Charte québécoise*, auxquels s'applique l'article 9.1, ou avec un des articles qui contiennent une clause limitative spécifique. En effet, étant donné que ces articles sont soumis à une disposition limitative, les droits et libertés qu'ils garantissent peuvent être restreints par le législateur de façon raisonnable et, par conséquent, le droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice de ces droits est lui-même susceptible d'être relativisé de façon indirecte. En d'autres termes, selon la Cour suprême, l'article 10 garantit le droit à l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés prévus aux articles 1 à 9 en tenant compte des limites raisonnables que peut leur apporter le législateur¹³⁹.

sociaux du chapitre IV. Cependant, lorsque le deuxième alinéa de l'article 10 dit qu'il y a discrimination quand une distinction fondée sur un des motifs prohibés a pour effet de compromettre «ce droit», il ne peut s'agir d'autre chose que du droit à l'égalité. En renvoyant au droit à l'égalité dans l'exercice des autres droits et libertés, cet alinéa n'exige pas qu'une distinction ait pour effet de violer un autre droit ou une autre liberté, mais bien qu'elle compromette ou détruise le droit à l'égalité lui-même, en relation avec l'exercice d'un autre droit ou d'une autre liberté. Par conséquent, le deuxième alinéa de l'article 10 exige seulement que la distinction incriminée se produise dans le champ d'exercice d'un droit ou d'une autre liberté. Cependant, si l'article 10 ne garantit pas un droit à l'égalité *indépendant* des autres droits et libertés, cela ne signifie pas qu'il est dépourvu de contenu *autonome*. Ainsi, par exemple, si le législateur enfreint un des droits économiques et sociaux contenus au chapitre IV (art.s 39 à 48) de la *Charte québécoise*, les victimes ne pourront pas invoquer la *Charte* car les droits économiques et sociaux ne font l'objet d'aucune primauté sur la législation ordinaire, dans la mesure où l'article 52 (la clause de primauté) ne s'applique qu'aux articles 1 à 38. Par conséquent, les droits économiques et sociaux ne sont pas habituellement sanctionnables par les tribunaux à l'encontre du législateur ; d'ailleurs, bon nombre d'entre eux ne sont expressément garantis que «dans la mesure prévue par la loi». Cependant, si la violation d'un droit économique ou social est discriminatoire, et si la distinction est fondée sur l'un des motifs prohibés à l'article 10, celui-ci pourra être invoqué avec succès. Ainsi, une loi violant les droits économiques et sociaux ne pourra être contestée que si la violation est discriminatoire, ce qui sera fréquemment le cas car lorsque l'État accorde ou refuse des bénéfices économiques ou sociaux, c'est pratiquement toujours en établissant des distinctions entre différentes catégories de personnes.

¹³⁸ [1988] 2 R.C.S. 790, 55 D.L.R. (4^e) 641 [ci-après *Devine* avec renvois aux R.C.S.].

¹³⁹ Dans l'arrêt *Devine, ibid.*, rendu le même jour que l'arrêt *Ford, supra* note 133, la Cour a jugé qu'en prescrivant l'usage du français dans l'affichage, la publicité commerciale et les raisons sociales, les articles 58 et 69 de la *Charte de la langue française, supra* note 37 (tels qu'ils étaient à l'époque) imposaient une restriction de la liberté d'expression garantie à l'article 3 de la *Charte québécoise, ibid.*, qui était justifiable en vertu de l'article 9.1. En abordant ensuite l'argument fondé sur l'article 10 de la *Charte*, la Cour a fait l'analyse suivante :

nous avons conclu dans la présente espèce que l'art. 3 ne comporte pas la garantie du droit de s'exprimer exclusivement dans sa propre langue. Nous sommes parvenus à ce résultat en appliquant l'art. 9.1, qui ne limite pas l'application de l'art. 10 mais limite celle de l'art. 3. [...] Bien qu'il soit exact que l'art. 9.1 ne s'applique pas au principe d'égalité enchâssé à l'art. 10, il s'applique à la garantie de liberté d'expression enchâssée à l'art. 3. Chaque fois qu'il est allégué qu'une distinction fondée sur un motif interdit par l'art. 10 a pour effet de compromettre ou de détruire un droit que prévoit l'art. 3, la portée de cet article doit être déterminée à la lumière de l'art. 9.1. Lorsque, comme en l'espèce, l'art. 9.1 a pour effet de limiter la portée de la liberté d'expression que garantit l'art. 3, l'art. 10 ne peut être invoqué pour contourner les limites raisonnables à cette liberté et y substituer une garantie absolue de liberté d'expression. Par ailleurs, une fois définie la portée de la liberté d'expression,

Pour ce qui est des cas de combinaison de l'article 10 avec les dispositions de la *Charte québécoise* qui ne contiennent aucune clause limitative spécifique et qui ne sont pas soumises à l'article 9.1, notons que, dans l'affaire *Forget*, la Cour suprême semble avoir introduit dans l'article 17 de la *Charte québécoise*, pour autant qu'il s'applique au législateur, une disposition limitative implicite permettant d'apporter des restrictions raisonnables au droit à l'égalité en matière d'admission dans une corporation professionnelle¹⁴⁰. Par la suite, dans l'affaire *Devine*, la Cour suprême a expliqué ce développement de la façon suivante :

Bien que le juge Lamer ait conclu que la procédure d'examen avait un effet différent à l'égard des non-francophones et créait donc une distinction fondée sur la langue usuelle, il a également conclu que la distinction ne portait nullement atteinte au droit, enchâssé à l'art. 17 de la *Charte québécoise*, d'être admis dans une corporation professionnelle sans discrimination. *Le droit garanti par l'art. 17 envisageait nécessairement des critères d'admission raisonnables, y compris une connaissance appropriée du français et des mesures raisonnables permettant de vérifier la compétence des postulants* [nos italiques]¹⁴¹.

Si l'article 17 est assorti d'une disposition limitative implicite qui permet au législateur de faire des distinctions prohibées par l'article 10 à condition qu'elles puissent être considérées comme raisonnables, pourquoi n'en irait-il pas de même pour d'autres dispositions de la *Charte québécoise* et, en particulier, pour l'article 10 lui-même ? Cette question devra manifestement être clarifiée par la Cour. En attendant, soulignons que la doctrine est divisée sur la façon dont il convient d'évaluer l'approche de la Cour suprême. Le professeur Proulx la critique très sévèrement et la considère erronée¹⁴². Il estime que la Cour se trompe en considérant qu'une distinction fondée sur l'un des motifs prohibés par la *Charte québécoise* et qui restreint un droit non soumis à une clause limitative n'est discriminatoire que dans la mesure où l'on peut démontrer qu'elle est non raisonnable. Selon lui, une distinction ne devrait pouvoir être justifiée que dans la mesure où l'article 10 se combine avec un droit ou une liberté expressément soumis à une disposition limitative. Autrement dit, le professeur Proulx déplore que la Cour ajoute, par interprétation, une disposition limitative implicite permettant de justifier certaines dérogations à l'article 10¹⁴³.

Par contre, les professeurs Brun et Tremblay¹⁴⁴ approuvent l'approche adoptée par la Cour suprême dans l'affaire *Forget*. Selon eux, lorsque l'article 10 est invoqué contre des actes de puissance publique (par opposition aux actes de nature privée), dont au premier chef les lois et les règlements, les tribunaux doivent appliquer «un critère général de raisonabilité, selon lequel il faut se demander si la distinc-

l'art. 9.1 ne peut être invoqué pour justifier une limite à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, du droit que garantit l'art. 3 (*Devine, ibid.* à la p. 818).

¹⁴⁰ Voir *Forget c. Québec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 90 aux pp. 102-04, 52 D.L.R. (4^e) 432, juge Lamer [ci-après *Forget* avec renvois aux R.C.S.].

¹⁴¹ *Devine, supra* note 138 à la p. 819.

¹⁴² Voir D. Proulx, «La norme québécoise d'égalité dérape en Cour suprême : commentaire des arrêts *Forget, Devine* et *Ford*» (1990) 24 R.J.T. 375.

¹⁴³ *Ibid.* à la p. 385 et s.

¹⁴⁴ Voir H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel*, 3^e éd., Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1997.

tion, exclusion ou préférence est arbitraire»¹⁴⁵. Nous partageons entièrement ce point de vue, pour la simple et bonne raison que la solution inverse entraînerait des conséquences absurdes. En effet, la législation québécoise contient de nombreuses distinctions fondées sur l'un des motifs prohibés à l'article 10 de la *Charte québécoise*, surtout si l'on applique le concept de discrimination indirecte. Étant donné la non-application de la clause limitative de l'article 9.1 à l'article 10, à moins d'accepter un critère de raisonabilité implicite, les tribunaux se trouveraient à déclarer un grand nombre de mesures discriminatoires sans qu'aucune défense de raisonabilité ne puisse être soulevée. Dans tous ces cas, pour sauvegarder les mesures en cause, il faudrait alors que le législateur québécois fasse appel à une disposition de dérogation à la Charte en vertu de l'article 52 de celle-ci¹⁴⁶.

B. Le parallélisme entre la liberté de religion et l'interdiction de la discrimination religieuse

Sur le plan de l'analyse théorique, la liberté de religion, d'une part, et la protection contre la discrimination fondée sur la religion, d'autre part, constituent deux droits qui peuvent être invoqués de façon largement interchangeable et qui se chevauchent. En effet, les normes qui restreignent la liberté de religion affectent presque toujours certaines personnes, convictions ou croyances plus que d'autres, si bien qu'elles peuvent être considérées discriminatoires¹⁴⁷. Inversement, les normes qui entraînent de la discrimination au détriment de certaines personnes en raison de leur religion peuvent souvent être considérées comme restreignant leur liberté de religion, dans la mesure où elles ont pour effet de les décourager de rester fidèles à celle-ci (l'inégalité de traitement entraîne une pression à la conformité qui peut équivaloir, si elle est assez sérieuse, à une forme de coercition). En outre, les tribunaux ont reconnu qu'une obligation d'accommodement en matière religieuse pouvait naître autant en vertu de l'article 2(a) que de l'article 15 de la *Charte canadienne*¹⁴⁸. Dans les faits, les requérants invoquent presque toujours les deux droits en parallèle.

¹⁴⁵ Brun et Tremblay, *ibid.* à la p. 1079. Pour les auteurs, ce critère général de raisonabilité peut être tiré par interprétation du deuxième alinéa de l'article 10 de la *Charte québécoise*, *supra* note 3, qui énonce : «[i]l y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit».

¹⁴⁶ L'article 52 de la *Charte québécoise*, *ibid.*, énonce :

[a]ucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte.

¹⁴⁷ Ceci est également vrai pour les cas de discrimination indirecte car, en matière religieuse, celle-ci résulte souvent du fait que l'autorité publique sanctionne, pour des raisons laïques, des règles qui correspondent aux pratiques des religions traditionnelles (par exemple, les jours fériés civils correspondent, pour des raisons historiques, aux fêtes religieuses chrétiennes).

¹⁴⁸ *Charte canadienne*, *supra* note 2. Voir les décisions citées par la juge L'Heureux-Dubé dans *Adler*, *supra* note 131 aux pp. 658-59.

On peut aller plus loin et affirmer que la liberté de religion inclut, de façon implicite, une certaine exigence d'égalité en matière religieuse¹⁴⁹. C'est le point de vue adopté par la Cour suprême dans ses deux premières décisions sur la liberté de religion, les arrêts *Big M Drug Mart* et *Edwards Books*. Il importe de souligner que ces décisions ont été rendues à un moment où l'article 15 de la *Charte canadienne*, portant sur le droit à l'égalité, n'était pas encore en vigueur¹⁵⁰. Dans l'affaire *Big M Drug Mart*, le juge Dickson considère qu'une atteinte à la liberté de religion peut résulter soit d'une coercition étatique qui oblige ou empêche quelqu'un de se conformer à une prescription religieuse¹⁵¹, soit d'une inégalité de traitement d'une religion par rapport aux autres¹⁵². Après l'entrée en vigueur de l'article 15 de la *Charte canadienne*, les tribunaux ont de plus en plus mis l'accent sur l'élément de la coercition dans le cadre de la liberté de religion, au détriment de celui de l'égalité, réservant ce dernier pour l'application de l'article 15. Dans l'affaire *Adler*, certains membres de la Cour suprême ont examiné cette question du parallélisme entre liberté de religion et interdiction de la discrimination religieuse. Les requérants s'appuyaient sur la *Charte canadienne*, en invoquant la liberté de religion et le droit à l'égalité sans discrimination fondée sur la religion, pour demander un jugement déclarant que le refus de financer les écoles juives et certaines écoles chrétiennes indépendantes en Ontario était inconstitutionnel. Cette province finance à la fois les écoles publiques laïques et les écoles publiques catholiques, ces dernières en raison

¹⁴⁹ Voir K. Swinton, «Freedom of Religion: (alinéa 2a)» dans Beaudoin et Mendes, dir., *supra* note 122, 1394-1 à la p. 141 : «[w]hile the guarantee in section 2(a) is written in the form of a “freedom”, which implies a focus on individual liberty from government interference, there is inevitably a strong equality concern in the jurisprudence under section 2(a) as well, which emerged in the early Supreme Court cases».

¹⁵⁰ Cette disposition n'est devenue applicable qu'avec trois ans de retard sur les autres dispositions de la *Charte canadienne*, c'est-à-dire le 17 avril 1985. D'une certaine façon, l'invocation du principe d'égalité, tant que l'article 15 n'était pas encore rentré en vigueur, pouvait également se justifier par le recours à l'article 27, qui contient le principe du multiculturalisme. En effet, ce concept connote une certaine égalité entre les cultures (la culture incluant la religion). C'est ce qu'a reconnu le juge en chef Dickson dans l'affaire *Big M Drug Mart*, *supra* note 103 aux pp. 337-38 : «[j]e suis d'accord avec l'argument de l'intimée qui porte que reconnaître au Parlement le droit d'imposer 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 Canadiens. Cela est donc contraire aux dispositions expresses de l'art. 27».

¹⁵¹ Voir *ibid.* à la p. 337 : «[L]a liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience».

¹⁵² Voir *ibid.* à la p. 336 : «[u]ne société libre vise à assurer à tous l'égalité quant à la jouissance des libertés fondamentales et j'affirme cela sans m'appuyer sur l'art. 15 de la Charte» [nos italiques] ; voir aussi à la p. 337 : «[e]n retenant les prescriptions de la foi chrétienne, la Loi crée un climat hostile aux Canadiens non chrétiens et paraît en outre discriminatoire à leur égard. [...] Or, protéger une religion sans accorder la même protection aux autres religions a pour effet de créer une inégalité destructrice de la liberté de religion dans la société».

d'une obligation constitutionnelle découlant de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁵³. Par contre, elle refuse de financer les écoles religieuses privées.

En s'appuyant sur la décision de la Cour suprême dans le *Renvoi relatif au projet de Loi 30*, les neuf membres de la Cour ont été unanimes à considérer que la distinction de traitement entre les écoles catholiques et les autres écoles religieuses ne saurait être attaquée en vertu de la *Charte canadienne* puisqu'une telle distinction est clairement autorisée par l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Par ailleurs, cinq des neuf membres de la Cour¹⁵⁴ sont allés plus loin en jugeant que la distinction de traitement entre les écoles publiques laïques et les écoles religieuses non catholiques était elle aussi immunisée contre toute attaque fondée sur la *Charte canadienne* par l'effet de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Selon eux, «les écoles publiques sont implicitement mais néanmoins clairement visées par le régime établi à l'art. 93»¹⁵⁵ et sont donc protégées contre toute contestation fondée sur la *Charte canadienne*. Autrement dit, ces cinq juges raisonnent comme si la reconnaissance du droit des écoles religieuses autres que catholiques à un certain financement public équivalait à leur appliquer l'article 93, alors qu'en fait, il s'agirait de faire découler à leur profit des droits similaires, mais différents, de la liberté de religion et du droit à l'égalité garantis par la *Charte canadienne*. Cette opinion entraîne des effets paradoxaux : en reconnaissant, à une époque de l'histoire, des droits spécifiques à certaines minorités nationales, les rédacteurs de la Constitution auraient voulu interdire pour l'avenir toute interprétation des droits fondamentaux et du droit à l'égalité qui en ferait découler des droits non pas identiques, mais similaires, pour d'autres minorités plus récemment installées.

Dans l'affaire *Adler*, les quatre autres membres de la Cour suprême ont rejeté l'idée que l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* empêchait d'invoquer les droits garantis par la Charte pour contester le refus de l'Ontario de subventionner les écoles religieuses autres que catholiques¹⁵⁶. Cependant, ils sont tous arrivés à la conclusion qu'il n'y avait aucune violation de la liberté de religion, même si le non-financement des écoles confessionnelles autres que catholiques crée un désavantage économique pour ceux que leurs convictions amènent à y envoyer leurs enfants par rapport aux parents qui envoient leurs enfants à l'école publique laïque, financée par le gouvernement. Cette conclusion est cependant difficile à réconcilier avec les décisions antérieures de la Cour suprême dans les arrêts *Big M Drug Mart* et *Edwards Books* où celle-ci avait jugé que deux lois sur les jours fériés, l'une fédérale et l'autre ontarienne, qui ordonnaient la fermeture des commerces le diman-

¹⁵³ *Supra* note 25. Voir les notes 25-27 et le texte correspondant.

¹⁵⁴ Il s'agit du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Gonthier, Cory et Iacobucci (motifs du juge Iacobucci).

¹⁵⁵ *Adler*, *supra* note 131 à la p. 646, juge Iacobucci.

¹⁵⁶ Il s'agit des juges Sopinka, Major, McLachlin et L'Heureux-Dubé qui ont, à juste titre selon nous, considéré que ce n'était pas parce qu'ils sont pertinents pour déterminer les droits et privilèges des écoles catholiques que les droits et privilèges des écoles publiques de la majorité bénéficient, par le fait même, de la protection de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les droits et privilèges des écoles publiques ne constituent que des points de repère pour déterminer les droits et privilèges des écoles séparées.

che, restreignaient la liberté de religion de ceux qui fermaient leur commerce le samedi pour des raisons religieuses parce qu'elles leur imposaient un désavantage économique par rapport à leurs concurrents qui, pour des raisons religieuses, fermaient le dimanche (et pour qui, par conséquent, l'obligation civile et l'obligation religieuse de repos hebdomadaire coïncidaient). Pour distinguer les deux affaires, les quatre juges ont souligné le fait que la loi ontarienne n'obligeait pas les parents à faire éduquer leurs enfants à l'école publique, mais les autorisait à les envoyer à l'école privée ou à les éduquer à la maison. Peut-être voulaient-ils dire par là que la liberté d'éduquer leurs enfants à la maison, ce qui permet d'éviter les coûts de l'école privée, donne aux parents la possibilité de choisir une option qui n'entraîne aucun coût économique, ce qui ne crée donc aucune discrimination ou violation de la liberté de religion. Un tel raisonnement semble cependant plutôt artificiel car, en pratique, le seul choix de l'immense majorité des parents est d'envoyer leurs enfants soit dans une école privée, soit à l'école publique. Si, pour des raisons religieuses, ils ont le sentiment de devoir les envoyer à l'école privée non subventionnée, ils devront assumer une dépense supplémentaire. Dès lors, logiquement, la Cour aurait dû appliquer le principe énoncé dans les affaires *Big M Drug Mart* et *Edwards Books*, ou alors reconnaître qu'elle s'était trompée en jugeant qu'une loi qui prescrit une même obligation pour tous viole la liberté de religion si son respect entraîne une dépense ou un manque à gagner pour un groupe religieux du fait d'un conflit avec une obligation religieuse.

Deux des quatre juges qui ont examiné les arguments fondés sur la *Charte canadienne* sont ensuite parvenus à la conclusion qu'il n'existait aucune discrimination religieuse dans le fait de réserver le financement gouvernemental aux seules écoles publiques. Il s'agit des juges Sopinka et Major pour qui la distinction de traitement existait entre les écoles publiques et les écoles privées, et non pas entre les écoles laïques et les écoles religieuses, dans la mesure où ce financement était refusé à toutes les écoles privées, religieuses ou laïques¹⁵⁷. Par ailleurs, les juges Sopinka et Major soulignèrent le chevauchement des revendications fondées sur l'article 2(a) de la *Charte canadienne* et de celles fondées sur l'article 15, ajoutant que «[p]endant les plaidoiries, il est devenu de plus en plus difficile de déterminer si un argument donné appuyait une revendication fondée sur l'al. 2a) ou une revendication fondée sur l'art. 15»¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Voir *Adler*, *supra* note 131 aux pp. 708-09, juge Sopinka. Le fait que la discrimination repose sur le caractère privé ou public des écoles, plutôt que sur leur caractère laïque ou religieux, est déterminant car la Cour suprême interprète l'article 15(1) de la *Charte canadienne*, *supra* note 2, comme ne pouvant être invoqué que contre les distinctions fondées, soit sur un motif expressément mentionné à l'article (comme la religion), soit sur un motif analogue. Or le caractère public ou privé des écoles n'est ni un motif expressément mentionné ni un motif analogue.

¹⁵⁸ *Adler*, *ibid.* à la p. 698, juge Sopinka. Les motifs se poursuivent ainsi :

[c]e chevauchement peut être dû à la façon dont notre Cour a abordé la question de la liberté de religion dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.* [...]. Dans cet arrêt, notre Cour a statué qu'une loi de fermeture le dimanche contrevenait à l'al. 2a) parce qu'elle imposait un fardeau économique à ceux qui observent le samedi notamment, mais non à ceux qui observent le dimanche. L'analyse comportait une comparaison entre l'incidence de la

Les deux derniers membres de la minorité, les juges McLachlin et L'Heureux-Dubé, ont par contre conclu à l'existence d'une discrimination indirecte fondée sur la religion dans la mesure où la loi ontarienne avait pour effet de refuser un avantage aux personnes dont la religion ne leur permettait pas d'envoyer leurs enfants à l'école publique laïque. Madame la juge McLachlin est cependant arrivée à la conclusion que cette discrimination était raisonnable, et donc justifiée, en application de la disposition limitative contenue dans l'article 1 de la *Charte canadienne*¹⁵⁹. Par contre, Madame la juge L'Heureux-Dubé a considéré que, même si la loi ontarienne avait comme objectif légitime de favoriser le plus possible la fréquentation de l'école publique laïque, le refus de tout financement des écoles religieuses allait au-delà de ce qui était requis pour atteindre cet objectif et ne constituait donc pas une atteinte minimale. La dispense que la loi ontarienne prévoyait en autorisant les parents à envoyer leurs enfants à l'école privée ou à les éduquer à la maison répondait uniquement à l'aspect potentiellement coercitif de l'enseignement laïque obligatoire et permettait donc à la loi attaquée de satisfaire aux exigences de l'article 2(a). Par contre, cette dispense ne constituait pas un accommodement suffisant en vertu de l'article 15, qui garantit le droit à l'égalité. Dans un cas d'inégalité de bénéfice, l'accommodement découlant de l'article 15 emporte l'établissement de mesures permettant aux parents appartenant à une religion particulière de bénéficier d'un accès à l'éducation sans discrimination indirecte fondée sur leur religion. Pour la juge L'Heureux-Dubé, c'est le fait d'accorder un financement partiel aux écoles religieuses privées qui constituerait l'accommodement requis en vertu de l'article 15 ; une telle solution permettrait d'accorder une certaine reconnaissance aux minorités religieuses et de les aider à survivre, sans compromettre le caractère généralement laïque et universel du système d'écoles publiques¹⁶⁰.

C'est dans le contexte de cette discussion sur les variations du droit à l'accommodement, selon qu'il découle de la liberté de religion ou du droit à l'égalité, que la juge L'Heureux-Dubé propose une certaine méthodologie du recours combiné aux articles 2(a) et 15, de façon à clarifier la portée et le rôle de chacun dans les affaires de liberté de religion et d'égalité religieuse :

Si l'alinéa 2a) de la *Charte* s'intéresse avant tout aux restrictions qu'il faut apporter à une possibilité d'ingérence coercitive de l'État dans le «choix» initial objectif qu'une personne fait de sa religion, l'art. 15, lui, garantit que les conséquences sur le plan du comportement et de la foi — liées à ce choix initial et non considérées comme facultatives par celui qui invoque ces droits — ne seront pas touchées par des mesures prises par l'État d'une façon qui porte atteinte à la dignité et à la considération inhérentes dont il faut faire preuve envers tout être humain. En conséquence, les mécanismes de protection prévus à l'art. 15 pourraient être d'une plus grande étendue que ceux visés à l'al. 2a) du fait que notre préoccupation passe

loi en cause sur différents groupes religieux et sur les gens qui n'observent aucun jour de repos hebdomadaire. Pourtant, dans l'arrêt *Edwards Books*, notre Cour a explicitement refusé d'examiner la question sous l'angle de l'art. 15 parce que cette disposition n'était pas en vigueur à l'époque où les appelants ont été accusés d'avoir enfreint la loi de fermeture le dimanche (*ibid.*).

¹⁵⁹ *Charte canadienne*, *supra* note 2. Voir *ibid.* à la p. 717 et s., juge McLachlin.

¹⁶⁰ Voir *ibid.* aux pp. 658-59, juge L'Heureux-Dubé.

alors de l'aspect coercitif de la mesure prise par l'État à son incidence sur la valeur et la dignité de la personne et du groupe dans le contexte socio-économique du jour.

Comme il vise en soi la dignité et la valeur de la personne, l'art. 15 peut exiger non seulement que le programme gouvernemental soit officiellement accessible à tous les membres de la société, mais aussi qu'il prévoit des mesures supplémentaires, ou des adaptations, pour assurer que tous les membres de la société aient réellement un accès égal à l'avantage en question¹⁶¹.

La juge L'Heureux-Dubé semble donc proposer que les mesures qui ont pour effet d'exercer une coercition religieuse soient examinées sous l'article 2(a) et que celles qui entraînent un traitement inégal fondé sur la religion le soient sous l'article 15.

Pour terminer, soulignons que la position adoptée par la majorité de la Cour suprême dans l'affaire *Adler* laisse entièrement subsister la discrimination flagrante qui existe entre le traitement réservé en Ontario aux écoles catholiques, d'une part, et aux autres écoles religieuses, d'autre part. Sans doute cette distinction est-elle conforme à la Constitution, puisqu'autorisée par l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁶². Elle pourrait toutefois être considérée incompatible avec les conventions internationales sur les droits de l'homme auxquelles le Canada est partie, notamment l'article 26 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*¹⁶³. Si la position de la juge L'Heureux-Dubé, qui consistait à reconnaître aux écoles religieuses autres que catholiques le droit à un financement partiel, l'avait emporté, la différence de traitement eût été atténuée et la distinction restante (les écoles catholiques ont constitutionnellement le droit à un financement complet) aurait pu être justifiée pour des raisons historiques tenant au rôle des deux peuples fondateurs du Canada¹⁶⁴.

C. L'obligation d'accommodement fondée sur la liberté de religion

Les dispositions de la *Charte canadienne*¹⁶⁵ et de la *Charte québécoise*¹⁶⁶ relatives à la liberté de conscience et de religion ne présentent pas de différences signifi-

¹⁶¹ *Ibid.* à la p. 658, juge L'Heureux-Dubé.

¹⁶² *Supra* note 25.

¹⁶³ 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171, R.T. Can. n°47, reproduit dans W.A. Schabas et D. Turp, *Droit international, canadien et québécois des droits et libertés : notes et documents*, Cowansville, Yvon Blais, 1994 à la p. 13 et s.

¹⁶⁴ Comme il a été noté précédemment, voir *supra* note 26 et le texte correspondant, les garanties confessionnelles de l'article 93 ont été abrogées pour le Québec par une modification constitutionnelle entrée en vigueur à la fin de 1997 ; le problème demeure cependant pour les autres provinces auxquelles cet article, ou une de ses dispositions jumelles, continue de s'appliquer. Sur cette problématique, voir J.-P. Proulx et J. Woehrling, «La restructuration du système scolaire québécois et la modification de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867» (1997) 31 R.J.T. 399.

¹⁶⁵ *Supra* note 2, art. 2(a).

¹⁶⁶ *Supra* note 3, art. 3.

catives, si bien qu'il y aura lieu de les étudier ensemble¹⁶⁷. La jurisprudence et la doctrine portent principalement sur l'article 2(a) de la *Charte canadienne*. Les enseignements susceptibles d'en être tirés peuvent cependant être appliqués à l'article 3 de la *Charte québécoise*.

1. Les éléments constitutifs de la liberté de religion : le droit au libre exercice et l'obligation de neutralité de l'État en matière religieuse

La liberté de conscience et de religion est garantie, dans les Chartes canadienne et québécoise, de façon lapidaire, sans énonciation de ses éléments constitutifs. Dans l'affaire *Big M Drug Mart*, la Cour suprême avait pour la première fois l'occasion d'interpréter l'article 2(a) de la *Charte canadienne*. La compagnie requérante contestait la validité de la *Loi sur le dimanche*¹⁶⁸ fédérale qui imposait la fermeture des magasins le dimanche pour des raisons d'observance religieuse. Parlant au nom de la Cour, le juge Dickson s'est manifestement inspiré de la formulation de l'article 18 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*¹⁶⁹ pour définir de la façon suivante les composantes de la liberté de conscience et de religion :

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. L'un des objectifs importants de la *Charte* est de protéger, dans des limites raisonnables, contre la coercition et la contrainte. La coercition comprend non seulement la contrainte flagrante exercée, par exemple, sous forme d'ordres directs d'agir ou de s'abstenir d'agir sous peine de sanction, mais également les formes indirectes de contrôle qui permettent de déterminer ou de restreindre les possibilités d'action d'autrui. La liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience.

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».

¹⁶⁷ L'article 2(a) de la *Charte canadienne*, *supra* note 2, reconnaît «à chacun» la «liberté de conscience et de religion» et l'article 3 de la *Charte québécoise*, *ibid.*, énonce que «[t]oute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion».

¹⁶⁸ L.R.C. 1970, c. L-13.

¹⁶⁹ *Supra* note 163.

Dans la mesure où elle astreint l'ensemble de la population à un idéal sectaire chrétien, la *Loi sur le dimanche* exerce une forme de coercition contraire à l'esprit de la *Charte* et à la dignité de tous les non-chrétiens. En retenant les prescriptions de la foi chrétienne, la Loi crée un climat hostile aux Canadiens non chrétiens et paraît en outre discriminatoire à leur égard. Elle fait appel à des valeurs religieuses enracinées dans la moralité chrétienne et les transforme, grâce au pouvoir de l'État, en droit positif applicable aux croyants comme aux incroyants. Le contenu théologique de la Loi est un rappel subtil et constant aux minorités religieuses canadiennes des différences qui les séparent de la culture religieuse dominante.

Pour des motifs religieux, on interdit aux non-chrétiens d'exercer des activités par ailleurs légales, morales et normales. L'État exige de tous qu'ils se souviennent du jour du Seigneur des chrétiens et qu'ils le sanctifient. Or, protéger une religion sans accorder la même protection aux autres religions a pour effet de créer une inégalité destructrice de la liberté de religion dans la société¹⁷⁰.

Cette définition donne à la liberté de religion deux composantes. En premier lieu, on constate une liberté positive et négative d'exercice de la religion (ou «libre exercice») ; le contenu positif correspond à la liberté d'avoir des croyances religieuses, de les professer ouvertement et de les manifester par leur mise en pratique, par le culte et par leur enseignement et leur propagation ; le contenu négatif correspond au droit de ne pas être forcé, directement ou indirectement, d'embrasser une conception religieuse ou d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience¹⁷¹.

En second lieu, la liberté de religion impose une obligation de neutralité à l'État en matière religieuse qui l'empêche de privilégier ou de défavoriser une religion par rapport aux autres ; c'est manifestement ce que veut dire le juge Dickson lorsqu'il affirme que «[...] protéger une religion sans accorder la même protection aux autres religions a pour effet de créer une inégalité destructrice de la liberté de religion dans la société»¹⁷². On a déjà souligné qu'au moment de l'arrêt *Big M Drug Mart*, l'article 15 de la *Charte canadienne* garantissant le droit à l'égalité sans discrimination fondée sur la religion n'était pas encore en vigueur, si bien que l'inégalité naissant de l'absence de neutralité de l'État dans cette affaire devait être considérée comme étant incompatible avec la liberté de religion elle-même plutôt qu'avec le droit à l'égalité¹⁷³.

Les deux composantes de la liberté de religion mentionnées par le juge Dickson en sont pour ainsi dire les éléments constitutifs naturels, en ce sens qu'ils découlent logiquement et inévitablement de l'objet de cette liberté. Pour le libre exercice, cela est si évident qu'aucune démonstration n'est nécessaire. Pour ce qui est de l'exigence de neutralité de l'État, sa nécessité provient de ce qu'une intervention étatique volontaire en faveur d'une religion crée une pression incompatible avec la liberté de religion de ceux dont la religion n'est pas favorisée. On comprend donc

¹⁷⁰ *Big M Drug Mart*, *supra* note 103 aux pp. 336-37, juge en chef Dickson.

¹⁷¹ Quelques pages plus loin, le juge en chef Dickson ajoutera : «[I]a même protection s'applique, pour les mêmes motifs, aux expressions et manifestations d'incroyance et au refus d'observer les pratiques religieuses» (*ibid.* à la p. 347).

¹⁷² *Ibid.* à la p. 337.

¹⁷³ Cependant, voir *supra* note 150.

que l'obligation de neutralité découle d'une certaine manière du droit au libre exercice, puisque le fait pour l'État d'endosser une religion particulière a pour effet de limiter le contenu négatif de la liberté d'exercice de ceux qui n'en sont pas les fidèles. Le caractère inhérent de ces deux composantes est également attesté par le fait qu'on les retrouve dans les systèmes juridiques et constitutionnels d'autres démocraties libérales, avec, pour ce qui est du principe de neutralité, une formulation variable et un contenu qui présente certains éléments constants, mais varie quant au reste d'un pays à l'autre en fonction de l'expérience historique de chacun et de la situation concrète des diverses religions qu'on y trouve. Ainsi, aux États-Unis, le premier Amendement de la Constitution énonce la liberté de religion sous la double forme d'une clause de libre exercice (*free exercise clause*) et d'une clause de non-établissement (*establishment clause*), cette dernière jouant, avec certaines différences, le rôle que joue au Canada le principe de neutralité énoncé par le juge Dickson¹⁷⁴. De même, en France, la liberté de religion contient le principe de laïcité, qui constitue la forme française du principe de neutralité, et celui de la liberté des cultes, qui correspond au libre exercice de la religion¹⁷⁵.

Dans l'affaire *Big M Drug Mart*, le procureur général du Canada, dans le but de défendre la validité de la *Loi sur le dimanche*, soulignait le fait qu'à la différence du premier Amendement américain, l'article 2(a) de la *Charte canadienne* ne contient pas de «clause de non-établissement» expresse et prétendait qu'il fallait en conclure que la protection de la liberté de religion, au Canada, ne vise que le libre exercice. Le juge Dickson lui répondit de la façon suivante :

Selon moi, la liberté de conscience et de religion garantie par la *Charte* ne dépend nullement de la présence ou de l'absence dans la Constitution canadienne d'un «principe de non-établissement d'une religion» qui ne peut qu'obscurcir davantage un domaine déjà compliqué du droit. Quant à l'acceptabilité d'une loi ou d'une mesure gouvernementale qui pourrait être qualifiée de contribution de l'État en faveur de la religion ou des activités religieuses, cette question devra être tranchée en fonction de chaque cas particulier¹⁷⁶.

Comme on le constate, le juge Dickson évite de répondre directement à l'argument. Il se contente d'affirmer que le principe de neutralité, dans la mesure où il est reconnu, ne saurait être considéré comme absolu, pas plus d'ailleurs que n'importe quel autre principe en matière de droits de la personne. Et de fait, ce relativisme est encore plus accentué dans le cadre de la Constitution canadienne, en raison notamment de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui consacre

¹⁷⁴ U.S. Const. amend. I : «Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof [...]». Sur la liberté de religion en droit constitutionnel américain, voir notamment Durham, *supra* note 131 ; L. Tribe, *American Constitutional Law*, 2^e éd., Mineola (N.Y.), Foundation Press, 1988 à la p. 1154 et s. ; J.E. Nowak, R.D. Rotunda et J.N. Young, *Constitutional Law*, 2^e éd., St. Paul (Minn.), West Publishing, 1983 à la p. 1028 et s. ; D.A. Giannella, «Religious Liberty, Non-establishment, and Doctrinal Development : Part I. The Religious Liberty Guarantee» (1967) 80 Harv. L. Rev. 1381.

¹⁷⁵ Sur la liberté de religion en France, voir notamment J. Robert et J. Duffar, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, Montchrestien, 1993 à la p. 508 et s.

¹⁷⁶ *Big M Drug Mart*, *supra* note 103 à la p. 341.

certaines droits confessionnels aux catholiques et aux protestants en matière d'éducation¹⁷⁷. Le principe de neutralité est donc forcément moins rigoureux au Canada qu'aux États-Unis¹⁷⁸. Il est vrai que la portée de l'arrêt *Big M Drug Mart* est limitée puisqu'il signifie essentiellement que l'État ne peut contraindre à la pratique d'un culte par des mesures pénales¹⁷⁹. Cependant, deux décisions postérieures de la Cour d'appel de l'Ontario montrent que l'obligation de neutralité a également des conséquences plus larges.

Dans *Zylberberg c. Sudbury Board of Education*¹⁸⁰, la Cour d'appel d'Ontario a jugé inconstitutionnel, car incompatible avec l'article 2(a) de la *Charte canadienne*, un règlement scolaire prévoyant la récitation de prières chrétiennes à l'école publique non confessionnelle, et ceci malgré la possibilité pour les parents qui le désiraient d'obtenir une exemption pour leurs enfants. La Cour a considéré que le règlement exerçait une forme de pression indirecte sur les parents et les élèves en les poussant à se conformer au comportement religieux majoritaire ce qui, en pratique, les ferait hésiter à réclamer le bénéfice de l'exemption.

Dans l'affaire *Canadian Civil Liberties Association c. Ontario (Minister of Education)*¹⁸¹, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé contraire à l'article 2(a) de la *Charte canadienne* un règlement adopté en vertu de la loi scolaire de l'Ontario, voulant que les élèves reçoivent un enseignement religieux dans les écoles publiques, à moins que les parents ne demandent une exemption. La Cour a considéré que les dispositions concernant l'exemption n'étaient pas de nature à sauver le règlement, étant donné que la pression du conformisme pourrait dissuader certains parents de s'en prévaloir par peur d'un stigmate social. La Cour a souligné la différence qu'il y avait entre, d'une part, une éducation religieuse, qui vise un endocri-

¹⁷⁷ Voir les notes 25-27 et le texte correspondant.

¹⁷⁸ Dans le même sens, voir Brun et Tremblay, *supra* note 144 aux pp. 1009-11. Ces auteurs parlent, à propos de l'obligation de neutralité de l'État en matière religieuse, de principe de «la séparation de l'Église et de l'État». Cette terminologie leur est, jusqu'à présent, restée propre et ne se retrouve nulle part ailleurs, ni en doctrine ni en jurisprudence canadienne ou québécoise. Un autre auteur, le professeur Black, souligne que, même s'il fallait conclure qu'aucune obligation de neutralité en matière religieuse ne découle de l'article 2(a) de la Charte, une telle obligation s'imposerait par ailleurs en vertu de l'article 15, qui prohibe les distinctions discriminatoires fondées sur la religion. Voir W.W. Black, «Religion and the Right of Equality» dans A.F. Bayefsky et M. Eberts, dir., *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1985, 131 à la p. 170. Dans le même ordre d'idées, l'obligation de neutralité de l'État en matière religieuse découle également, outre les articles 2(a) et 15 de la Charte, de l'article 27 sur le multiculturalisme. En effet, dans la mesure où la religion fait partie de la culture, le respect du multiculturalisme est incompatible avec le fait de favoriser certaines religions par rapport à d'autres. C'est ce qu'a reconnu le juge en chef Dickson dans l'affaire *Big M Drug Mart*, *supra* note 103 aux pp. 337-38.

¹⁷⁹ Voir *Big M Drug Mart*, *ibid.* à la p. 347, juge en chef Dickson.

¹⁸⁰ (1988), 65 O.R. (2^e) 641, 52 D.L.R. (4^e) 577 (C.A. Ont.) [ci-après *Zylberberg*], suivi dans *Russow c. Colombie-Britannique (P.G.)* (1989), 35 B.C.L.R. (2^e) 29, 62 D.L.R. (4^e) 98 (C.S. C.-B.) [ci-après *Russow*] et dans *Manitoba Association for Rights and Liberties Inc. c. Manitoba* (1992), 94 D.L.R. (4^e) 678 (B.R. Man.).

¹⁸¹ (1990), 71 O.R. (2^e) 341, 65 D.L.R. (4^e) 1 (C.A. Ont.) [ci-après *Canadian Civil Liberties Association*].

nement dans une religion donnée et qui viole la liberté de religion et, d'autre part, l'enseignement pluraliste des religions qui est constitutionnellement permise à l'école publique¹⁸².

Il faut souligner, avant d'aller plus loin, que ces deux décisions ne visent évidemment ni les écoles privées¹⁸³, ni les écoles publiques confessionnelles dont l'existence est protégée par l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁸⁴. Ces deux catégories d'écoles peuvent bien sûr instaurer des exercices religieux et fournir une instruction religieuse.

Le raisonnement de la Cour dans ces deux affaires montre que, pour imposer à l'État une obligation de neutralité en matière religieuse, les tribunaux peuvent soit se fonder sur un principe de neutralité reconnu en tant que tel, soit invoquer le droit au libre exercice de la religion sous sa forme négative¹⁸⁵. Dans le premier cas, toute forme d'appui significatif de l'État à une religion pourrait être considérée comme interdite ; par conséquent, l'obligation de neutralité fondée sur une norme constitutionnelle spécifique tendra à être rigoureuse, comme le démontre l'exemple américain. Au contraire, dans le deuxième cas, si l'on fait découler l'obligation de neutralité du droit au libre exercice de la religion, il sera nécessaire de démontrer, pour contester un appui quelconque apporté par l'État à une religion, qu'il a pour effet de créer une pression sociale qui limite de façon significative la liberté d'exercice négative de ceux qui n'adhèrent pas à cette religion. Or, toutes les formes d'appui étatique à une religion n'ont pas cet effet. Par conséquent, l'obligation de neutralité qui trouve sa source dans le libre exercice sera moins rigoureuse que celle fondée sur un principe autonome de neutralité.

¹⁸² Pour d'autres décisions faisant appel au principe de neutralité de l'État en matière religieuse (parfois sous le nom de principe de laïcité), voir notamment *Reed c. Canada*, [1989] 3 C.F. 259, 2 C.T.C. 192 (C.F. (1^{re} inst.)), autorisation de pourvoi devant la Cour suprême refusée [1990] 2 R.C.S. x ; *O'Sullivan c. M.R.N.*, [1992] 1 C.F. 522, 84 D.L.R. (4^e) 124 (C.F. (1^{re} inst.)) ; *Roach c. Canada (Ministre d'État (Multiculturalisme et Citoyenneté))*, [1992] 2 C.F. 173, 88 D.L.R. (4^e) 225 (C.F. (1^{re} inst.)) ; *Ouaknine c. Elbilila* (1981), C.S. 32.

¹⁸³ Dans l'affaire *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, 31 D.L.R. (4^e) 569 [ci-après *Jones* avec renvois aux R.C.S.], la Cour suprême, de façon implicite, a fait découler de l'article 2(a) de la *Charte canadienne* le droit des parents de ne pas envoyer leurs enfants à l'école publique et de leur donner un enseignement religieux dans une école privée ou à la maison, à condition qu'il fût «approprié». Quant à la *Charte québécoise* elle contient un article 42 qui se lit ainsi : «[L]es parents ou les personnes qui en tiennent lieu ont le droit de choisir pour leurs enfants des établissements d'enseignement privés, pourvu que ces établissements se conforment aux normes prescrites ou approuvées en vertu de la loi». Il s'agit donc d'un droit qui est assujéti aux normes prévues par la loi.

¹⁸⁴ *Supra* note 25. Voir *supra* notes 25-27 et le texte correspondant.

¹⁸⁵ Même aux États-Unis, où le premier Amendement contient une clause expresse de non-établissement que les tribunaux invoquent pour fonder l'obligation de neutralité de l'État en matière religieuse, certains auteurs considèrent qu'ils pourraient également faire découler cette même obligation de la clause de libre exercice ; voir P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd., Scarborough, Carswell, 1997 à la p. 810. De façon plus générale, la doctrine et la jurisprudence américaine admettent qu'il existe certains chevauchements entre la clause de libre exercice et la clause de non-établissement, certaines conséquences juridiques pouvant être considérées comme découlant à la fois de l'une et de l'autre.

La différence entre le caractère strict du principe de non-établissement qui existe aux États-Unis et le caractère plus relatif de l'obligation de neutralité religieuse qui découle de la liberté de conscience et de religion au Canada est illustrée de la façon suivante par le professeur Hogg. Aux États-Unis, la clause de non-établissement est considérée comme interdisant toute aide financière directe de l'État aux écoles confessionnelles. Au Canada, les écoles confessionnelles protégées par l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁸⁶ ont, au contraire, un droit constitutionnel au financement public. Quant aux écoles confessionnelles non visées par cette disposition, le principe de neutralité religieuse découlant de la liberté de conscience et de religion n'interdirait pas à l'État de les aider financièrement, à condition qu'il le fasse sans privilégier ni défavoriser aucune religion par rapport aux autres¹⁸⁷. Selon ce point de vue, le principe strict de non-établissement, tel qu'il s'applique aux États-Unis, prohiberait toute aide étatique à la religion, même dispensée de façon égalitaire, alors que le principe de neutralité découlant du libre exercice ne prohiberait que les formes d'aide à une ou plusieurs religions qui entraîneraient une contrainte directe ou indirecte sur ceux qui n'y adhèrent pas.

2. L'obligation d'accommodement ou d'adaptation comme élément constitutif du droit au libre exercice

Dans les arrêts *Big M Drug Mart*¹⁸⁸ et *Edwards Books*¹⁸⁹, la Cour suprême a reconnu, en *obiter*, que lorsqu'une loi qui poursuit un objectif séculier valide entraîne néanmoins des effets restrictifs sur la liberté de religion de certaines personnes, celles-ci ont le droit d'obtenir des accommodements à condition qu'ils soient compatibles avec l'intérêt public. L'accommodement sera refusé si le gouvernement réussit à démontrer qu'il est nécessaire que la règle de droit en cause s'applique sans exception ou, comme dans l'affaire *Edwards Books*, sans exception supplémentaire à celles déjà prévues par le législateur.

Dans l'affaire *Edwards Books*, on contestait la validité de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*¹⁹⁰ de l'Ontario, qui prohibait l'ouverture des commerces le dimanche. Les exemptions prévues dans la loi visaient uniquement les commerces de petite taille fermant le samedi. Saisie de la même question avant la Cour suprême, la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *Videoflicks*, était arrivée à la conclusion que la loi restreignait la liberté de religion des propriétaires de commerce de foi juive qui ne pouvaient se prévaloir des exceptions prévues dans la

¹⁸⁶ *Supra* note 25. Voir *supra* notes 25-27 et le texte correspondant.

¹⁸⁷ Voir Hogg, *supra* note 185 aux pp. 810-11 ; dans *Big M Drug Mart*, *supra* note 103 aux pp. 340-41, le juge en chef Dickson laisse expressément ouverte la question de savoir si la *Charte canadienne* permet à l'État de soutenir financièrement des institutions religieuses autres que celles visées par l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, *ibid.* ; la question n'a pas davantage été tranchée dans *Adler*, *supra* note 131, où la Cour suprême a par contre décidé que la *Charte canadienne* n'obligeait pas l'État à fournir un tel soutien financier.

¹⁸⁸ *Supra* note 103.

¹⁸⁹ *Supra* note 33.

¹⁹⁰ L.R.O. 1980, c. 453.

loi et qui, pour se conformer sincèrement aux préceptes de leur religion, n'ouvraient pas leur commerce le samedi. La Cour avait donc jugé que la loi était inopérante en ce qui les concernait, ce qui revenait à accorder à ces personnes une exemption constitutionnelle à l'égard de l'application de la loi, dans la mesure où celle-ci violait leur liberté de religion.

Cette décision de la Cour d'appel de l'Ontario a été renversée par la Cour suprême dans l'arrêt *Edwards Books*. À la majorité, la juge Wilson dissidente sur ce point, la Cour a jugé la loi valide sans ajouter d'exemptions à celles prévues par le législateur. La Cour commença par reconnaître que l'objectif séculier de la loi — procurer un jour de repos hebdomadaire commun à tous les travailleurs — était valide. Cependant, par ses effets, la loi restreignait la liberté de religion de ceux qui observaient le sabbat en leur imposant un fardeau financier supplémentaire puisqu'ils devaient fermer leur commerce un jour de plus que ceux qui observaient le dimanche comme jour religieux. Ensuite, tout en reconnaissant que le législateur ontarien était tenu d'accommoder, dans la mesure du possible, ceux dont la religion les obligeait à fermer un autre jour que le dimanche, le juge en chef Dickson et les juges Chouinard et Le Dain estimèrent que les exemptions déjà prévues dans la loi constituaient un accommodement suffisant et que l'addition d'exemptions supplémentaires mettrait en danger l'efficacité des mesures législatives en cause (le juge La Forest considérant quant à lui que la loi serait valide même si elle ne contenait aucune exemption). Au contraire, la Cour d'appel et la juge Wilson ont jugé que le législateur n'était pas allé assez loin dans la voie de l'accommodement et qu'il aurait dû accorder l'exemption à tous les commerçants qui ferment le samedi pour des raisons religieuses, quelle que soit la taille de leur commerce. Notons que, par la suite, le législateur ontarien a, de sa propre initiative, modifié la loi pour étendre l'exemption sabbatique à tous les commerces, quelle que soit leur taille, fermant un autre jour que le dimanche pour des raisons religieuses¹⁹¹.

Dans l'affaire *Adler*, la juge L'Heureux-Dubé a conclu, en s'appuyant notamment sur les motifs du juge Dickson dans l'arrêt *Edwards Books*, qu'un droit à l'accommodement en matière religieuse découlait autant de l'article 2(a) de la *Charte canadienne*¹⁹² que de l'article 15 ; la nature de l'accommodement était cependant différente dans les deux cas¹⁹³.

En outre, la plupart des auteurs s'accordent à analyser l'arrêt *Edwards Books* comme établissant que l'article 2(a) de la *Charte canadienne* entraîne une obligation d'accommodement raisonnable à la charge de l'État en faveur des personnes dont la liberté de religion est restreinte par les effets d'une loi dont l'objectif est séculier et valide. Ainsi, le professeur Hogg s'exprime comme suit :

The [...] Sunday-closing cases [...] establish that there is a constitutional obligation under s. 2(a) to accommodate those persons whose religion calls for observance of

¹⁹¹ La loi ainsi modifiée fut à nouveau contestée, mais déclarée valide par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Peel (Regional Municipality) c. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada* (1991), 2 O.R. (3^e) 65, 78 D.L.R. (4^e) 333 (C.A.) [ci-après *Peel*].

¹⁹² *Supra* note 2.

¹⁹³ Voir *Adler*, *supra* note 131 aux pp. 658-59, juge L'Heureux-Dubé.

a sabbath other than Sunday. [...] However, there are many other practices that have a religious compulsion for a minority religion [...] such as (to take examples from pre-Charter cases), refusing to salute the flag or sing the national anthem, distributing proselytizing tracts, chanting a mantra, or holding land communally. Such practices could, and therefore should, be tolerated by the majority. Where there is no compelling governmental interest to the contrary, s. 2a) of the Charter would require the law to accommodate minority religions by according exemptions for their practices¹⁹⁴. [notes omises]

Les professeurs Brun et Tremblay appellent «objection de conscience» le droit de réclamer un accommodement ou une adaptation pour des raisons religieuses ; il analysent cette notion de la façon suivante :

L'objection de conscience fait penser *a priori* à la possibilité de se soustraire au service militaire. Elle est toutefois bien plus que cela. Elle est en fait l'angle sous lequel la liberté de religion a aujourd'hui le plus de portée.

L'objection de conscience est la possibilité de se soustraire à la loi ou à une règle de régie interne pour des raisons de religion [...]. Le droit constitutionnel canadien reconnaît qu'une règle neutre puisse effectivement ne pas s'appliquer à une ou quelques personnes parce qu'elle engendre des effets négatifs sur la religion ou conscience de ces personnes [à l'appui, les auteurs mentionnent notamment les affaires *Big M Drug Mart* et *Edwards Books*]. Cette institution, que les décisions de la Cour suprême appellent «exemption constitutionnelle», porte aussi le nom d'objection de conscience¹⁹⁵.

À notre connaissance, il n'existe pas de décisions suggérant qu'un droit à l'accommodement en matière religieuse découle de l'article 3 de la *Charte québécoise*, mais il n'y a aucune raison de penser que tel n'est pas le cas, étant donné que les dispositions reconnaissant la liberté de religion y sont énoncées en termes semblables à ceux de l'article 2(a) de la *Charte canadienne* et que les principes d'interprétation applicables aux deux dispositions sont les mêmes. Par ailleurs, comme nous l'avons vu auparavant, il existe de nombreuses décisions à l'effet qu'une obligation d'accommodement découle de l'article 10 de la *Charte québécoise*, garantissant le droit à l'égalité, notamment dans le cas d'une discrimination indirecte fondée sur la religion¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Hogg, *supra* note 185 à la p. 806.

¹⁹⁵ Brun et Tremblay, *supra* note 144 à la p. 1011 ; pour une présentation plus développée de la même notion, voir H. 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. Voir également P. Patenaude, «L'objection éthique et de conscience : impact de la *Charte canadienne* des droits et libertés» (1983) 13 R.D.U.S. 315.

¹⁹⁶ Voir *Bergevin*, *supra* note 9 où la Cour suprême du Canada a jugé qu'une obligation d'accommodement découle de l'article 10 de la *Charte québécoise* en cas de discrimination indirecte fondée sur la religion ; voir également *Smart*, *supra* note 81. Cependant, il faut noter que, dans ces deux affaires, l'obligation d'accommodement est mise à la charge d'employeurs publics ou privés plutôt que du législateur lui-même, comme c'était le cas dans l'affaire *Edwards Books*, *supra* note 33. Rappelons également que la Commission des droits de la personne du Québec, dans un document adopté en 1991 et portant sur les obligations des autorités carcérales relativement au régime alimentaire des détenus de foi

3. Les contradictions susceptibles de surgir entre l'obligation d'accommodement et l'obligation de neutralité

L'obligation d'accommodement amène celui à qui elle s'impose, qu'il s'agisse de l'État ou d'une personne privée, à devoir modifier des normes pour tenir compte de certaines pratiques religieuses. Dans le cas de l'État, pareille adaptation des normes ou des politiques publiques aux exigences d'une religion revient à faciliter, et donc à favoriser, l'exercice de celle-ci, ce qui peut logiquement être considéré comme contraire au principe de neutralité. Il existe ainsi une contradiction potentielle entre l'obligation d'accommodement et celle de neutralité¹⁹⁷. Cette difficulté est abordée par les auteurs américains qui traitent de la liberté de religion et qui soulignent l'antagonisme naturel (*natural antagonism*) qui existe, dans le cadre du premier Amendement, entre la clause de libre exercice et la clause de non-établissement¹⁹⁸.

Ainsi, les deux principes constitutifs de la liberté de religion — libre exercice et neutralité de l'État — doivent être considérés comme mutuellement limitatifs, puisque le fait de donner une amplitude maximale à l'un entraînerait fatalement la négation de l'autre. L'obligation de neutralité de l'État en matière religieuse doit

hébraïque, *supra* note 34, affirme qu'une obligation d'accommodement découle de la liberté de religion garantie par l'article 3 de la *Charte québécoise*, *supra* note 3.

¹⁹⁷ On pourrait également prétendre que les accommodements consentis en faveur d'un groupe religieux, comme par exemple l'exemption d'application d'une loi prohibant l'ouverture des commerces le dimanche au bénéfice des commerçants juifs (voir *Videoflicks*, *supra* note 33), sont contraires au droit à l'égalité puisqu'ils créent un «privileège» fondé sur la religion. La réponse à cet argument est que l'égalité réelle exige très souvent une différence de traitement et que, dans bien des cas, c'est l'identité de traitement qui entraîne l'inégalité lorsque la même règle est appliquée à la minorité et à la majorité ou, plus généralement, à deux catégories de personnes qui sont dans une situation différente. Le concept de discrimination indirecte vise précisément ces cas et la solution réside alors, lorsque la loi est justifiable et raisonnable, dans l'adoption d'un accommodement raisonnable pour ceux à l'égard desquels elle entraîne une discrimination indirecte. Dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, *supra* note 103 à la p. 347, le juge en chef Dickson s'exprime de la façon suivante sur ce sujet : «[l']égalité nécessaire pour soutenir la liberté de religion n'exige pas que toutes les religions reçoivent un traitement identique. En fait, la véritable égalité peut fort bien exiger qu'elles soient traitées différemment».

¹⁹⁸ Voir Tribe, *supra* note 174 à la p. 1157 qui écrit : «[...] serious tension has often surfaced between the two clauses. [...] A pervasive difficulty in the constitutional jurisprudence of the religion clauses has accordingly been the struggle "to find a neutral course between the two Religion Clauses, both of which are cast in absolute terms, and either of which, if expanded to a logical extreme, would tend to clash with the other"» [citant *Walz c. Tax Commission of the City of New York*, 397 U.S. 664 aux para. 668-69 (1970)]. Voir aussi Nowak, Rotunda et Young, *supra* note 174 à la p. 1029 :

There is a natural antagonism between a command not to establish religion and a command not to inhibit its practice. This tension between the clauses often leaves the Court with having to choose between competing values in religion cases. The general guide here is the concept of «neutrality». The opposing values require that the government act to achieve only secular goals and that it achieve them in a religiously neutral manner. Unfortunately, situations arise where government may have no choice but to incidentally help or hinder religious groups or practices. [...] insistence on avoiding incidental aid to religion is likely to inhibit its free exercise. Similarly, requiring a great degree of government accommodation of religious practices might result in impermissible aid to religion.

être limitée par l'obligation d'accommodement, laquelle justifie certaines formes d'assistance étatique aux religions. Inversement, l'obligation d'accommodement doit être circonscrite par celle de neutralité, si l'on veut éviter que les adaptations consenties au profit d'une religion n'aillent jusqu'à constituer une aide étatique indue en sa faveur.

D'un point de vue tactique et rhétorique, un tel raisonnement serait fort utile pour celui qui voudrait s'opposer à certaines formes d'accommodement, par exemple au port des signes religieux dans certains espaces publics comme les écoles publiques. En effet, le refus de telles pratiques pourrait alors se faire au nom de la liberté de religion elle-même, comprise comme exigeant la neutralité de l'État en matière religieuse, plutôt qu'en invoquant des considérations moins sympathiques comme les nécessités de la discipline scolaire ou du maintien de l'ordre public.

Il faut cependant être prudent dans ce genre de démarche, car en droit canadien comme en droit américain et en droit français, dans les cas où les deux composantes de la liberté de religion s'opposent, il semble que l'on tende à donner la primauté au libre exercice sur le principe de neutralité. Le professeur Tribe analyse de la façon suivante la situation aux États-Unis :

In attempting to distinguish between situations where accommodation of programs to religious needs has been held excessive and those where it has been held permissible or even mandatory, it is helpful to posit a dichotomy between governmental actions arguably (even if not beyond doubt) compelled by the free exercise clause, and governmental actions supportive of religion in a way clearly not mandated by free exercise. Actions «arguably compelled» by free exercise are not forbidden by the establishment clause¹⁹⁹.

La même opinion est exprimée par un autre spécialiste américain de la liberté de religion, le professeur Durham :

The focal point [...] is the extent to which the state can accommodate religious practices. The stricter separationists tend to view virtually any form of accommodation of religion, except those that are required by the free exercise clause, as an impermissible establishment of religion. The difficulty is that with the growth of the affirmative, regulatory state since the Great Depression, state action or influence is increasingly pervasive. Wooden interpretations of church-state separation that find violations of the establishment clause in any overlap of religion and state action, or in efforts to exempt religion from otherwise applicable regulations, have the effect of confining religion in an ever narrower portion of social space. The heightened density of state influence in social life thus appears to support the argument for a more accommodationist approach to establishment clause interpretation. If this adjustment in the interpretation of the establishment clause is not made, religious freedom is progressively narrowed as a result of the sheer proliferation of state activity²⁰⁰.

Si l'on estime, en droit américain, que le principe de non-établissement ne devrait pas s'opposer aux accommodements justifiés par le droit au libre exercice, la même position devrait s'imposer avec encore plus de force au Canada à cause du

¹⁹⁹ Tribe, *supra* note 174 à la p. 1168.

²⁰⁰ Durham, *supra* note 131 aux pp. 630-31.

caractère non explicite du principe de neutralité, de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*²⁰¹ et de l'historique des rapports entre l'État et les Églises²⁰². Par conséquent, pour reprendre l'exemple donné précédemment, si l'autorisation de certains signes religieux dans les écoles publiques était réclamé à titre d'accommodement justifié par la liberté de religion, on ne pourrait que difficilement s'y opposer en se fondant sur le principe de la neutralité de l'État en matière religieuse²⁰³.

On arrive à la même conclusion si l'on se fie à l'exemple du droit français. En effet, la façon dont a été traitée en France la question du *hijab* au cours des dernières années montre que le principe de laïcité n'est pas considéré par les juristes français comme justifiant l'interdiction de ce genre de signes religieux. C'est ainsi que, dans un avis du 27 novembre 1989²⁰⁴, l'Assemblée générale du Conseil d'État a été amenée à prendre position sur la conformité du port du voile islamique avec la laïcité de l'école publique²⁰⁵.

À la question ainsi posée, le Conseil d'État a répondu en adoptant une démarche en trois temps. Il a commencé par rappeler la portée exacte du concept juridique de laïcité, pour apporter ensuite une réponse précise au problème soulevé, en affirmant la compatibilité des comportements en cause avec la laïcité ; enfin, il a indiqué les limites de la liberté ainsi reconnue aux élèves²⁰⁶.

Le Conseil d'État aborde la portée du concept de laïcité de la façon suivante :

[i]l résulte des textes constitutionnels et législatifs et des engagements internationaux de la France susrappelés que le principe de laïcité de l'enseignement public,

²⁰¹ Voir *supra* notes 25-27 et le texte correspondant.

²⁰² Brun et Tremblay, *supra* note 144 à la p. 1010 ; Hogg, *supra* note 185 à la p. 811 ; Black, *supra* note 178 à la p. 165 ; et I. Cotler, «Freedom of Conscience and Religion» dans Beaudoin et Mendes, dir., *supra* note 122, 165 à la p. 201 insistent tous pour dire que le principe de neutralité, dans la mesure où il est reconnu au Canada, doit être considéré comme moins rigoureux que le principe de non-établissement aux États-Unis. Voir également Horwitz, *supra* note 14 aux pp. 60-61 :

aid to religion should be constrained by only two considerations. It must not create an "element of religious compulsion" on the part of any believers or non-believers in a given faith. Also, while government aid may properly create the impression that the state is as supportive of religion as it is of other mediating institutions, it should not create the impression that it has singled out a particular faith, or religiosity over non-religiosity, for endorsement. Endorsement, even if it does not compel behaviour on the part of the minority, defeats the pluralism and multiculturalism that are a central part of religion's value to society [notes omises].

²⁰³ On pourrait par contre tenter de le faire, avec plus de chances de succès, en invoquant la nécessité de combattre les stéréotypes et les attitudes sexistes.

²⁰⁴ Voir Cons. d'État, 27 novembre 1989, *Le principe de laïcité et les signes d'appartenance à une communauté religieuse dans les écoles* (1991) 3 R.U.D.H. 152 [ci-après *Décision du Conseil d'État*]. Pour un commentaire, voir J. Rivero, «Laïcité scolaire et signes d'appartenance religieuse : l'avis de l'Assemblée générale du Conseil d'État en date du 27 novembre 1989» (1990) 6 :1 Rev. Fr. Droit adm. 1.

²⁰⁵ En fait, pour éviter de s'exposer au grief de discrimination à l'égard de l'islam, le ministre de l'Éducation nationale avait élargi la question à tous «les signes d'appartenance à une communauté religieuse», bien que le problème ne se soit concrètement soulevé qu'à l'égard du foulard islamique.

²⁰⁶ *Décision du Conseil d'État*, *supra* note 204.

qui est l'un des éléments de la laïcité de l'État et de la neutralité de l'ensemble des services publics, impose que l'enseignement soit dispensé dans le respect, d'une part, de cette neutralité par les programmes et par les enseignants et, d'autre part, de la liberté de conscience des élèves. Il interdit conformément aux principes rappelés par les mêmes textes et les engagements internationaux de la France toute discrimination dans l'accès à l'enseignement qui serait fondée sur les convictions ou croyances religieuses des élèves²⁰⁷.

De cette conception juridique traditionnelle de la laïcité, le Conseil d'État tire une conséquence nouvelle, soit le droit reconnu aux élèves d'exprimer et de manifester leurs croyances religieuses à l'intérieur des établissements scolaires :

La liberté ainsi reconnue aux élèves comporte pour eux le droit d'exprimer et de manifester leurs croyances religieuses à l'intérieur des établissements scolaires, dans le respect du pluralisme et de la liberté d'autrui, et sans qu'il soit porté atteinte aux activités d'enseignement, au contenu des programmes et à l'obligation d'assiduité²⁰⁸.

Des principes ainsi affirmés, la réponse à la question posée par le ministre décollait inévitablement : «dans les établissements scolaires, le port par les élèves de signes par lesquels ils entendent manifester leur appartenance à une religion n'est pas par lui-même incompatible avec le principe de laïcité, dans la mesure où il constitue l'exercice de la liberté d'expression et de manifestation de croyances religieuses»²⁰⁹.

Enfin, le Conseil d'État a énoncé de la façon suivante les limites qui s'imposent à la liberté des élèves de manifester, à l'école, leur appartenance à une religion :

[s]on exercice peut être limité dans la mesure où il ferait obstacle à l'accomplissement des missions dévolues par le législateur au service public de l'éducation, lequel doit notamment, outre permettre l'acquisition par l'enfant d'une culture et sa préparation à la vie professionnelle et à ses responsabilités d'homme et de citoyen, contribuer au développement de sa personnalité, lui inculquer le respect de l'individu, de ses origines et de ses différences, garantir et favoriser l'égalité entre les hommes et les femmes²¹⁰.

Concernant plus spécialement le droit des élèves d'afficher des signes manifestant leur appartenance religieuse, le Conseil d'État précise ensuite les limites qui peuvent y être apportées :

cette liberté ne saurait permettre aux élèves d'arborer des signes d'appartenance religieuse qui, par leur nature, par les conditions dans lesquelles ils seraient portés, individuellement ou collectivement, ou par leur caractère ostentatoire ou revendicatif, constitueraient un acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande, porteraient atteinte à la dignité ou à la liberté de l'élève ou d'autres membres de la communauté éducative, compromettraient leur santé ou leur sécurité, perturberaient le déroulement des activités d'enseignement et le rôle éducatif

²⁰⁷ *Ibid.* à la p. 153.

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ *Ibid.*

des enseignants, enfin troubleraient l'ordre dans l'établissement ou le fonctionnement normal du service public²¹¹.

Comme on le voit, le Conseil mentionne un grand nombre de justifications qui pourront être invoquées pour légitimer la limitation de la liberté des élèves de manifester leurs croyances par le port de signes religieux. Étant donné leur caractère vague, la marge d'appréciation laissée aux autorités chargées d'appliquer ces critères sera inévitablement fort large, d'autant plus qu'il faudra tenir compte des circonstances propres à chaque situation. Ainsi, s'agissant des caractères du signe lui-même, le simple foulard sur les cheveux devrait plus difficilement être considéré comme ostentatoire ou revendicatif que le *tchador* iranien ou le voile couvrant le visage jusqu'aux yeux qui, au demeurant, pourraient perturber le déroulement de l'enseignement en rendant plus difficile l'identification des élèves. S'agissant des conditions dans lesquelles les signes sont portés, le port collectif, qui ne semble pas constituer l'expression d'une conviction personnelle, pourrait davantage passer pour «un acte de pression ou de provocation» que le port individuel. En outre, le simple port d'un signe ne saurait guère constituer un acte de prosélytisme ; le deviendrait-il s'il était accompagné de propos par lesquels le porteur invite ses camarades à suivre son exemple ? Enfin, l'interdiction fondée sur les réactions hostiles que peut susciter, de la part des autres élèves, le port d'un signe ne devrait être considérée qu'avec beaucoup de précautions, de peur de cautionner, voire d'encourager, des comportements discriminatoires²¹².

Ce bref examen du droit français et américain démontre que, dans ces deux pays, les juristes tendent nettement à hiérarchiser la liberté de conscience et de religion et le principe de neutralité de l'État en matière religieuse pour faire prévaloir la première sur le second. Il nous semble qu'en droit canadien et québécois également, l'inverse serait difficilement défendable, tant sur le plan juridique que sur le plan politique et moral. Cependant, comme le démontre l'avis du Conseil d'État de 1989, le fait de reconnaître que la liberté de conscience et de religion comprend le droit de manifester ses convictions individuellement ou collectivement, dans l'espace public ou dans la sphère privée, n'empêche nullement de fixer certaines limites à ce droit. Ces limites devront être justifiées en vertu des critères analysés précédemment dans le cadre de la défense de contrainte excessive et celui de la clause limitative des articles 1 de la *Charte canadienne* et 9.1 de la *Charte québécoise*.

Si, par conséquent, l'adaptation de normes publiques aux exigences d'une religion ne s'oppose pas à la neutralité de l'État en matière religieuse, cette dernière peut cependant justifier une préférence pour les accommodements ou exemptions

²¹¹ *Ibid.*

²¹² La question du port des signes religieux à l'école publique et, plus généralement, de la laïcité scolaire, a connu depuis 1989 d'autres péripéties en France ; pour des articles faisant le point sur la question, voir notamment D. Le Tourneau, «La Laïcité à l'épreuve de l'Islam : le cas du port du "foulard islamique" dans l'école publique en France» (1997) 28 R.G.D. 275 ; C. Wiener, «Les foulards noirs de la République» dans *Mélanges Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, 773 ; A. Werner, «Le Conseil d'État et l'école : démocrate ou républicain ?» (1997) 99 Petites Affiches 9.

libellés de façon religieusement neutre, c'est-à-dire n'exigeant pas que ceux qui veulent en bénéficier démontrent la sincérité ou l'orthodoxie de leurs croyances. Par exemple, une exemption sabbatique applicable aux commerçants qui ferment boutique le samedi, comme celle prévue dans la loi ontarienne contestée dans l'affaire *Edwards Books*, avait manifestement été adoptée pour accommoder principalement les Juifs et les Adventistes du Septième Jour. Mais cette exemption pouvait être invoquée par tout commerçant, quelle que soit sa religion (ou son irréligion), à condition qu'il ferme son commerce le samedi. Dans *Edwards Books*, le juge en chef Dickson, au nom de la majorité, a indiqué qu'il préférerait une exemption de ce genre à celle qui avait été retenue dans la même affaire par la Cour d'appel de l'Ontario et qui supposait que soit vérifiée, dans chaque cas, la sincérité des convictions religieuses de ceux qui en réclameraient le bénéfice²¹³. Le juge en chef Dickson a cependant admis que, dans certains cas, une vérification de la sincérité religieuse des bénéficiaires potentiels serait inévitable pour mettre en œuvre une exemption ou un accommodement fondé sur la liberté de religion :

[L]es enquêtes judiciaires portant sur des croyances religieuses sont la plupart du temps inévitables si l'on veut que les libertés garanties par l'al. 2a) de la Constitution puissent être revendiquées devant les tribunaux. [...] Il y aura toutefois des occasions où l'on peut arriver à une large mesure de liberté religieuse sans qu'il y ait nécessairement une enquête de l'État sur des convictions religieuses personnelles et les législateurs devraient être encouragés à suivre cette voie, si on veut atteindre un juste équilibre [nos italiques]²¹⁴.

Le fait de libeller une exemption en termes neutres du point de vue de la religion peut cependant entraîner d'autres difficultés et n'avoir pour effet que de déplacer le problème. La portée d'une telle exemption sera forcément plus large, puisqu'elle bénéficiera à tous et non seulement aux membres de la minorité religieuse considérée, si bien que l'efficacité de la règle ou de la politique à laquelle elle permet de déroger risque d'être considérablement diminuée. Si l'on permet à tous les commerçants qui ont fermé le samedi d'ouvrir le dimanche, l'objectif d'assurer un repos hebdomadaire commun à tous les employés ne pourra plus être atteint de façon satisfaisante. C'est pourquoi, à l'origine, le législateur ontarien avait limité l'exemption sabbatique aux commerces inférieurs à une certaine taille. Cependant, cette limitation avait pour effet d'exclure les commerçants juifs ou adventistes propriétaires d'une entreprise dépassant les normes prévues, même s'ils avaient fermé leur commerce le samedi pour des raisons religieuses sincères. De façon para-

²¹³ Voir *Edwards Books*, *supra* note 33 à la p. 779, juge en chef Dickson. Le juge ajoute : «[l']avantage frappant de la loi ontarienne est qu'elle permet au petit et au moyen détaillant de bénéficier d'une exemption sans avoir à se plier à une enquête semblable, [c'est-à-dire la vérification de la sincérité des croyances de celui qui veut bénéficier de l'exemption].» Dans l'affaire *Peel*, *supra* note 191, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé que la loi ontarienne sur les jours fériés ne porte pas atteinte à la liberté de religion garantie par la *Charte canadienne* en prévoyant qu'un commerçant qui invoque l'exemption peut être invité à justifier que sa conduite est fondée sur des motifs religieux (*ibid.* aux pp. 77-78, juge en chef Dubin). Cette loi avait été déclarée valide dans *Edwards Books* mais avait néanmoins été par la suite modifiée pour permettre à tout commerce d'ouvrir le dimanche s'il ferme un autre jour de la semaine pour des raisons religieuses.

²¹⁴ *Edwards Books*, *ibid.* à la p. 780, juge en chef Dickson.

doxale, la neutralité de l'exemption entraînait une discrimination, fondée sur la taille des commerces, à l'intérieur même des groupes religieux pour lesquels cette exemption avait pourtant été conçue au départ. Cette conséquence n'a pas empêché les juges majoritaires, dans *Edwards Books*, de considérer ce régime législatif comme valide. Par contre, la juge Wilson, dissidente sur ce point, était d'avis qu'il y avait là une violation non justifiable du droit à l'égalité et de la liberté de religion²¹⁵. Le législateur ontarien a subséquemment modifié la loi pour supprimer la restriction relative à la taille des commerces et pour étendre l'exemption sabbatique à tous les commerces fermant un autre jour que le dimanche pour des raisons religieuses²¹⁶. On peut cependant se demander si ce nouveau système permet encore d'atteindre efficacement l'objectif initial de la loi qui était de faire en sorte que tous les employés aient congé le même jour dans la semaine. Cet exemple laisse entrevoir que le fait de consentir un premier accommodement à portée limitée pour empêcher une discrimination indirecte fondée sur la religion, peut créer d'autres types de discrimination et que, si l'on veut les éliminer à leur tour, on risque d'être entraîné vers un élargissement progressif de l'accommodement qui finira par enlever sa raison d'être et son efficacité à la règle initiale.

D. Les conditions à remplir pour invoquer la liberté de religion afin d'obtenir un accommodement

1. La nature des convictions, croyances et pratiques protégées

Dans la mesure où les Chartes canadienne et québécoise consacrent la liberté de conscience et celle de religion en les jumelant, il faut conclure qu'elles protègent autant les convictions morales laïques, de nature éthique, humaine ou philosophique, que les croyances religieuses. En théorie, on pourrait donc penser que le problème du caractère proprement religieux d'une croyance, et celui de la définition de la notion de religion, ne présentent que peu d'intérêt. En fait, cela n'est pas tout à fait vrai, car les convictions morales, comme elles sont plus souvent individuelles que les croyances religieuses — lesquelles sont généralement le fait d'une collectivité — sont plus malaisées à prouver que ces dernières. Il est donc plus facile pour un requérant d'invoquer la liberté de religion que celle de conscience, surtout quand il se réclame d'une religion bien établie. En outre, la jurisprudence a tendance à définir les convictions morales laïques protégées au titre de la liberté de conscience comme étant celles qui remplissent la même fonction, pour celui qui les invoque, que les croyances religieuses. Les décisions judiciaires invoquant l'article 2(a) de la *Charte canadienne* ou l'article 3 de la *Charte québécoise* portent pratiquement toutes sur la liberté de religion²¹⁷ ; nous constaterons cependant qu'elles

²¹⁵ Voir *ibid.* aux pp. 808-09, juge Wilson.

²¹⁶ Voir *supra* note 191 et le texte correspondant.

²¹⁷ À la Cour suprême du Canada, seul la juge Wilson semble avoir invoqué la liberté de conscience, dans *Morgentaler c. R.*, [1988] 1 R.C.S. 30 aux pp. 175-76, 44 D.L.R. (4^e) 385 [ci-après *Morgentaler*], pour fonder l'existence d'un droit à l'avortement pour convenances personnelles sur l'article 2(a) de la *Charte canadienne*.

semblent insister davantage sur l'aspect subjectif de la sincérité personnelle du croyant que sur l'aspect objectif de la conformité des croyances en cause à une doctrine établie.

Par ailleurs, il est nécessaire de distinguer les convictions morales et religieuses, protégées au titre de la liberté de conscience et de religion, des simples opinions politiques, philosophiques ou sociales, lesquelles sont visées par la liberté d'opinion et d'expression. L'importance de la distinction est que seule la liberté de conscience et de religion entraîne un droit à l'adaptation ou à l'accommodement. La liberté d'opinion et d'expression, si elle est restreinte de façon non justifiable, n'entraîne pas une adaptation de la norme contestée, mais son invalidation à l'égard de tous.

Les convictions morales et religieuses sont celles qui mettent en jeu des principes de vie fondamentaux, des valeurs spirituelles permanentes et universelles, par opposition aux simples opinions ou idées portant sur des choix sociaux, politiques, économiques ou esthétiques. Selon le professeur Brun :

[i]l ne fait donc pas de doute, à notre avis, que l'objection de conscience des articles 2 et 3 des Chartes canadienne et québécoise ait pour objet tant la morale humaine que la morale religieuse. [...] Ce qui fait que les préceptes d'une telle morale humaine peuvent être considérés comme des croyances et non pas comme de simples opinions, ce sont leur généralité, universalité et pérennité aux yeux de celui qui les invoque²¹⁸.

Une approche similaire a été adoptée par le juge en chef Dickson dans l'affaire *Edwards Books* :

L'alinéa 2a) [de la *Charte canadienne*] 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 pratiques²¹⁹.

²¹⁸ *Supra* note 195 à la p. 191 ; voir aussi Black, *supra* note 178 à la p. 137 et s. ; Patenaude, *supra* note 195 à la p. 338 et s.

²¹⁹ *Supra* note 133 à la p. 759, juge en chef Dickson. Voir aussi *Big M Drug Mart*, *supra* note 103 à la p. 346, juge en chef Dickson. Aux États-Unis, où seule la liberté de religion est expressément garantie dans le premier Amendement, sans mention de la liberté de conscience, la Cour suprême a jugé que la protection de la liberté de religion incluait les croyances qui occupent «a place in the life of its possessor parallel to that filled by the orthodox belief in God [...]» (*United States c. Seeger*, 380 U.S. 163 à la p. 166 (1965) [ci-après *Seeger*]). Si la religion devait être définie par un contenu minimal constant, plutôt que par son importance pour le croyant, les tribunaux seraient presque fatalement amenés à raisonner par analogie avec les religions qui sont traditionnelles dans leur propre société, plutôt qu'avec des religions nouvelles ou propres à d'autres contextes historiques ou géographiques. Voir Black, *ibid.* aux pp. 139-40. Voir également Horwitz, *supra* note 14 à la p. 10 :

I would propose that the following criteria be viewed as minimal criteria for a claim to fall under the guarantee of freedom of religion : (i) a belief that is spiritual, supernatural or transcendent in nature, whether or not it is shared by anyone else, so long as it is sincerely held ; (ii) the belief is best served or honoured by certain behaviour, whether individually

Comme le dit le professeur Cotler : «there is a virtual subsumation of “religion” under “conscience” in the particular context of section 2a), given the more encompassing connotations of the latter»²²⁰. Et il ajoute : «[t]his harmonizes with the court’s holding that freedom of conscience and religion includes the freedom to manifest religious non-belief, as well as the freedom to refuse to participate in religious practice»²²¹. Dans l’arrêt *Big M Drug Mart*, le juge Dickson reconnaît la protection accordée par la *Charte canadienne* aux manifestations d’incroyance et au refus d’observer les pratiques religieuses²²².

Si les croyances protégées par la liberté de conscience et de religion comprennent les convictions fondées sur la morale laïque ainsi que l’athéisme et l’agnosticisme, à plus forte raison faut-il y faire entrer toutes les croyances religieuses, quel que soit le type de religion — théiste, animiste, panthéiste, traditionnelle ou moderne — auquel elles se rattachent. Les distinctions de traitement entre religions différentes seraient au surplus contraires au droit à l’égalité. Au Canada, cette conclusion peut également s’appuyer sur l’article 27 de la *Charte canadienne* qui affirme l’objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens²²³.

En outre, à plusieurs reprises, la Cour suprême a reconnu que la liberté de conscience et de religion protège non seulement les croyances proprement dites, mais également les pratiques et les comportements dictés par ces croyances²²⁴. Par contre, les tribunaux ont établi une distinction entre les préceptes ou articles de foi, qui tombent sous la protection de la liberté de religion, et les simples positions de prin-

or in a group ; (iii) if the behaviour is not actually compelled by the belief, it should be part of the regular practice of a group of common faith-holders.

²²⁰ *Supra* note 202 à la p. 174.

²²¹ *Ibid.*

²²² Voir *Big M Drug Mart*, *supra* note 103 aux pp. 346-47, juge en chef Dickson. Dans les affaires *Zylberberg* et *Russow*, *supra* note 180, le tribunal s’est fondé sur les principes posés par la Cour suprême dans l’affaire *Big M Drug Mart* pour affirmer que le droit à la liberté de conscience et de religion protège les manifestations d’athéisme et le refus de participer à des pratiques religieuses.

²²³ C’est ce qui a été reconnu par le juge en chef Dickson dans *Big M Drug Mart*, *ibid.* aux pp. 337-38 : «[j]e suis d’accord avec l’argument de l’intimée qui porte que reconnaître au Parlement le droit d’imposer 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 Canadiens». Dans le cadre de la *Charte québécoise*, le même raisonnement peut être fait sur la base de l’article 43 qui énonce : «les personnes appartenant à des minorités ethniques ont le droit de maintenir et de faire progresser leur propre vie culturelle avec les autres membres de leur groupe». Le droit de professer et de pratiquer la religion minoritaire n’apparaît pas expressément dans cette disposition. Cependant, on peut prétendre qu’il est inclus de façon implicite dans le droit de maintenir et de faire progresser la vie culturelle, étant donné que la culture inclut sûrement la religion.

²²⁴ Voir notamment *Big M Drug Mart*, *ibid.* aux pp. 336-37, juge en chef Dickson ; et *Edwards Books*, *supra* note 33 à la p. 757 et s., juge en chef Dickson. Au niveau des cours d’appel, des cours de première instance et des tribunaux des droits de la personne, voir les nombreuses décisions portant sur le port du turban et du *kirpan* par les sikhs et sur le respect du congé sabbatique en tant que comportements et pratiques reconnus comme étant protégés par la liberté de conscience et de religion. Aux États-Unis, les tribunaux ont reconnu que la liberté de religion impliquait par exemple le droit pour un détenu amérindien de porter les cheveux longs et de les coiffer en nattes. Voir *Teterud c. Burns*, 522 F.2d 357 (8th Cir. 1975).

cipe adoptées par un groupe religieux relativement à des questions politiques ou sociales, comme l'avortement, qui n'en bénéficient pas²²⁵.

Par ailleurs, rien ne s'oppose en théorie à ce que des croyances morales ou religieuses propres à un seul individu, plutôt qu'à une collectivité, puissent être protégées au titre de la liberté de conscience et de religion, pourvu qu'elles relèvent d'une adhésion à des valeurs spirituelles fondamentales²²⁶. Cependant, on a déjà noté qu'en pratique il sera très difficile pour un requérant de prouver que des croyances auxquelles il serait le seul à adhérer constituent plus que de simples opinions.

Enfin, dans l'affaire *Big M Drug Mart*, la Cour suprême a affirmé que les croyances ou convictions dont la manifestation lèse les droits d'autrui ne sont pas protégées par la *Charte canadienne*²²⁷. Elle a réitéré ce point de vue dans l'arrêt *Young c. Young*²²⁸, mais l'a ensuite abandonné dans l'arrêt *Children's Aid Society*²²⁹ où une faible majorité (cinq juges contre quatre) s'est ralliée à l'opinion selon laquelle même les comportements dangereux pour autrui, s'ils sont motivés par des

²²⁵ Voir *R. c. Morgentaler* (1984), 47 O.R. (2^e) 353, 12 D.L.R. (4^e) 502 (C.S.), conf. par (1985), 22 C.C.C. (3^e) 353, 22 D.L.R. (4^e) 641 (C.A. Ont.), inf. par *Morgentaler*, *supra* note 217, pour d'autres motifs ; *Ontario (P.G.) c. Dieleman* (1994), 20 O.R. (3^e) 229, 117 D.L.R. (4^e) 449 (Div. gén.) [ci-après *Dieleman* avec renvois aux D.L.R.].

²²⁶ Voir cependant *Dieleman*, *ibid.* : la notion de religion connote les croyances religieuses d'un groupe.

²²⁷ Voir *Big M Drug Mart*, *supra* note 103 à la p. 346, juge en chef Dickson : la liberté de religion exige «que chacun soit libre d'avoir et de manifester les croyances et les opinions que lui dicte sa conscience, à la condition notamment que ces manifestations ne lèsent pas ses semblables ou leur propre droit d'avoir et de manifester leurs croyances et opinions personnelles» [nos italiques].

²²⁸ [1993] 4 R.C.S. 3, 108 D.L.R. (4^e) 193. Dans cette affaire, il s'agissait notamment de savoir si les dispositions de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985 (2^e supp.), c. 3, qui prévoient que les décisions judiciaires en matière de garde et de droit d'accès doivent «tenir compte de l'intérêt de l'enfant», portent atteinte à la liberté de religion d'un parent Témoin de Jéhovah auquel le droit d'accès avait été accordé sous réserve de certaines restrictions relatives à la pratique de sa religion. Une majorité de la Cour a jugé qu'une ordonnance de garde ou d'accès émise dans le meilleur intérêt de l'enfant ne pouvait porter atteinte à la liberté de religion, celle-ci comportant des limites internes et ne protégeant aucune activité qui pourrait être nuisible à autrui : «[a]insi, la liberté de religion est intrinsèquement limitée par un certain nombre de considérations, dont les droits et les libertés d'autrui. Bien que les parents soient libres de se livrer à des pratiques religieuses, ces activités peuvent être limitées lorsqu'elles nuisent à l'intérêt de l'enfant, sans pour autant enfreindre la liberté de religion des parents» (à la p. 94, juge L'Heureux-Dubé, avec la concurrence des juges La Forest et Gonthier) ; «[i] est établi que la garantie de liberté de religion ne s'étend pas à des activités religieuses causant un préjudice à autrui» (à la p. 121, juge McLachlin, avec la concurrence des juges Cory et Iacobucci). Dans *P.(D.) c. S.(C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, 108 D.L.R. (4^e) 287, les mêmes opinions ont prévalu.

²²⁹ *Supra* note 109. Dans cette décision, la Cour suprême a jugé que le fait pour un parent de refuser, pour des raisons religieuses, des traitements médicaux nécessaires pour sauver la vie de son enfant, constitue un comportement protégé par la liberté de religion (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et McLachlin). Par conséquent, une ordonnance judiciaire accordant une tutelle provisoire pour permettre une intervention médicale contre la volonté des parents viole la liberté de religion de ceux-ci. Les juges majoritaires ont ensuite conclu qu'en l'occurrence, cette atteinte était justifiée au sens de l'article 1 de la *Charte canadienne*. Pour les juges dissidents sur ce point, il n'y avait pas d'atteinte à la liberté de religion, celle-ci n'autorisant pas un parent à imposer à son enfant des pratiques religieuses qui menacent sa vie ou sa santé (le juge en chef Lamer et les juges Cory, Iacobucci et Major).

raisons religieuses, sont *a priori* protégés par la liberté de religion. Finalement, dans l'affaire *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*²³⁰, à l'unanimité cette fois, la Cour suprême a jugé que des déclarations racistes et discriminatoires contre les Juifs, faites, selon leur auteur, au nom de convictions religieuses, étaient protégées par la liberté de religion²³¹.

2. L'existence des préceptes invoqués et la sincérité de la personne qui les invoque

La personne qui invoque un précepte moral ou religieux pour obtenir une adaptation devrait d'abord prouver l'existence de celui-ci. Cela revient à imposer au requérant une sorte de critère objectif. À cette vérification objective de l'existence du précepte invoqué devrait ensuite s'ajouter celle, subjective, de la sincérité de celui qui s'en réclame²³².

Cependant, on constate que les tribunaux canadiens, à l'instar de ceux des États-Unis, sont portés à éviter la formulation d'une définition objective de la religion ou de se prononcer quant à la nature des croyances ou convictions invoquées. Ils tendent donc à recourir au critère subjectif de la sincérité de ceux qui veulent obtenir un accommodement. Autrement dit, le critère de la sincérité se substitue parfois à celui de l'existence des croyances ou des convictions. La question se pose quelque peu différemment selon que le précepte invoqué fait partie des enseignements d'une religion traditionnelle et bien établie ou de ceux d'une religion nouvelle et peu connue, ou encore qu'il n'appartient à aucune religion existante, mais est propre à la personne qui s'en réclame.

Lorsque le précepte invoqué fait partie des enseignements d'une religion traditionnelle, la preuve de son existence ne soulève pas de difficultés particulières, à moins que le requérant n'en donne une interprétation personnelle s'écartant de la conception générale qui prévaut. Dans ces cas, les tribunaux canadiens tendent à appliquer le critère subjectif de la sincérité de la croyance chez le requérant. Ainsi, dans l'affaire *Funk c. Manitoba Labour Board*²³³, bien que la croyance invoquée par le requérant, un Mennonite, s'écartait des préceptes officiels de son Église, la cour considéra que sa sincérité était suffisante pour lui permettre d'obtenir l'accommodement réclamé. Le requérant demandait d'être exempté de l'obligation d'appartenance à un syndicat :

²³⁰ [1996] 1 R.C.S. 825, 133 D.L.R. (4^e) 1.

²³¹ La Cour a ensuite déterminé que la décision d'une commission d'enquête d'affecter le plaignant à un poste de non-enseignant constituait une restriction de sa liberté de religion justifiable en vertu de l'article 1 de la *Charte canadienne*, *supra* note 2, mais qu'il n'en allait pas de même de la décision de mettre fin à son emploi au cas où il continuerait à produire ou à publier des écrits antisémites, celle-ci ne satisfaisait pas au volet de l'atteinte minimale de l'analyse fondée sur l'article 1.

²³² Voir Brun, *supra* note 195 à la p. 195. Si les tribunaux doivent vérifier l'existence d'une croyance invoquée par un requérant et la sincérité de celui-ci, ils ne peuvent cependant pas s'interroger sur la validité ou la vérité de cette croyance. Celle-ci, par définition, n'est jamais vérifiable.

²³³ (1976), 66 D.L.R. (3^e) 35, [1976] 3 W.W.R. 209 (C.A. Man.) [ci-après *Funk* avec renvois aux D.L.R.].

It is of course possible that the religious beliefs of an individual may coincide exactly with the beliefs or tenets of the church to which he belongs. But this is not always the case. [...] An inquiry by the Labour Board into the beliefs or tenets of a church can only be relevant to the extent that it throws light upon or helps to identify the religious beliefs of the particular person concerned. [...] The Board asked itself the wrong question — not, what are the religious beliefs of Funk concerning the joining of a union, but what are the religious beliefs of the Mennonite Brethren Church concerning that matter²³⁴?

La liberté de religion et le principe d'égalité, combinés aux articles 27 de la *Charte canadienne* et 43 de la *Charte québécoise*, nous empêchent de refuser la qualité de religion à une croyance simplement en raison du petit nombre de ses adeptes, de sa nouveauté ou de sa récente apparition dans un pays (les hérésies et les réformes, dans l'histoire de la chrétienté, attestent de l'apparition instantanée de nouvelles confessions), ou encore de sa prétendue excentricité (toutes les grandes religions traditionnelles comportent des croyances et des pratiques qui paraissent excentriques aux non-croyants)²³⁵.

Il faut également souligner l'opinion du Comité des droits de l'Homme des Nations Unies à ce sujet, dans son observation sur l'article 18 du *Pacte international sur les droits civils et politiques* :

[L]'article 18 n'est pas limité, dans son application, aux religions traditionnelles ou aux religions et croyances comportant des caractéristiques ou des pratiques institutionnelles analogues à celles des religions traditionnelles. Le Comité est donc préoccupé par toute tendance à faire preuve de discrimination à l'encontre d'une religion ou d'une conviction quelconque pour quelque raison que ce soit, notamment parce qu'elle est nouvellement établie ou qu'elle représente des minorités religieuses susceptibles d'être en butte à l'hostilité d'une communauté religieuse dominante²³⁶.

Aux États-Unis, la Cour suprême, dans l'affaire *Seeger*²³⁷, a jugé à l'unanimité que les tribunaux ne sont pas libres de refuser de considérer une croyance comme étant religieuse simplement parce qu'ils la trouvent bizarre ou incompréhensible ; là encore, le critère décisif est celui de la sincérité du requérant. La Cour s'exprime comme suit :

²³⁴ *Ibid.* aux pp. 37-38. Dans le même sens, voir *Barker et Teamster's Union, section locale 938*, [1986] D.L.Q. 447 (C.C.R.T.). Le fait que l'on fasse primer la sincérité des convictions religieuses personnelles du requérant sur leur conformité avec les préceptes officiels de l'Église à laquelle il appartient n'empêche évidemment pas de consulter les autorités de celle-ci pour établir l'existence d'un précepte, comme l'a fait le tribunal dans l'affaire *Smart*, *supra* note 81. Si la croyance invoquée par le requérant est confirmée par les autorités religieuses, la preuve en sera d'autant facilitée ; par contre, dans les cas où elle diverge de l'interprétation donnée par ces dernières, la tendance des tribunaux canadiens, comme le montre par exemple l'affaire *Funk*, *ibid.*, est d'accepter malgré tout le caractère religieux de la croyance si le requérant y adhère sincèrement.

²³⁵ Voir Robert et Duffar, *supra* note 175 à la p. 520.

²³⁶ Observation générale n° 22 relative à l'article 18 du Pacte, CCPR/C/21/Rev. 1/add. 4, 20 juillet 1993 au para. 4.

²³⁷ *Supra* note 219.

Their task is to decide whether the beliefs [...] are sincerely held and whether they are, in his own scheme of things, religious. [...] [W]hile the “truth” of a belief is not open to question, there remains the significant question whether it is “truly held.” This is the threshold question of sincerity which must be resolved in every case. It is, of course, a question of fact — a prime consideration to the validity of every claim for exemption as a conscientious objector²³⁸.

Dans l’affaire *Wisconsin c. Yoder*²³⁹, la Cour devait déterminer si le refus de parents appartenant à la communauté amish d’envoyer leurs enfants à l’école était justifié par des convictions religieuses plutôt que par la simple préférence pour un style de vie traditionnel. Il faut rappeler qu’aux États-Unis, le premier Amendement ne garantit que la liberté de religion, contrairement aux Chartes canadienne et québécoise qui garantissent également la liberté de conscience. En concluant qu’il s’agissait bien d’un motif religieux, la Cour s’est fondée principalement sur quatre considérations : (i) il s’agit d’une croyance partagée par les membres d’un groupe organisé plutôt que d’une simple conviction personnelle des requérants ; (ii) la croyance est reliée à des principes théocratiques et à l’interprétation de textes religieux ; (iii) le système de pensée auquel appartient la croyance régit la vie quotidienne des requérants ; (iv) le système de pensée et le style de vie qui en découle ont été en vigueur pour une période de temps significative²⁴⁰. Cependant, la Cour suprême n’a pas indiqué qu’il s’agissait là de critères obligatoires.

Dans *Thomas c. Review Board*²⁴¹, la Cour devait décider si un témoin de Jéhovah, qui avait quitté son emploi lorsque l’employeur l’avait muté d’un atelier de fonderie à un atelier de fabrication d’armement militaire, avait démissionné pour des raisons religieuses ou pour des raisons philosophiques personnelles et si le refus de la commission d’assurance-chômage de lui octroyer des prestations était contraire au droit au libre exercice de la religion. La majorité n’eut aucune difficulté à répondre dans l’affirmative, seul le juge Rehnquist étant dissident. Relativement au contrôle que les tribunaux doivent exercer sur le caractère religieux d’une croyance invoquée par un requérant, la Cour s’est exprimée de cette façon :

Courts should not undertake to dissect religious beliefs because the believer admits that he is “struggling” with his position or because his beliefs are not articulated with the clarity and precision that a more sophisticated person might employ. [...] One can, of course, imagine an asserted claim so bizarre, so clearly nonreligious in motivation, as not to be entitled to protection under the Free Exercise Clause ; but that is not the case here, and the guarantee of free exercise is not limited to beliefs which are shared by all of the members of a religious sect²⁴².

²³⁸ *Ibid.* à la p. 185.

²³⁹ 406 U.S. 205 (1972).

²⁴⁰ Pour l’analyse de cette décision, voir notamment Nowak, Rotunda et Young, *supra* note 182 à la p. 1059 et s.

²⁴¹ 450 U.S. 707 aux pp. 713-16 (1981) [ci-après *Thomas*].

²⁴² *Ibid.* aux pp. 715-16.

Comme le dit le professeur Tribe, «an intrusive government inquiry into the nature of a claimant's beliefs would in itself threaten the values of religious liberty»²⁴³.

Enfin, les problèmes les plus difficiles, en matière de vérification judiciaire de l'existence d'un précepte et de la sincérité de celui qui l'invoque, se posent lorsque la conviction invoquée est propre au seul requérant et ne fait partie d'aucune religion, si nouvelle et si marginale soit-elle, ni d'aucun code moral connu. On a déjà souligné qu'en théorie rien ne devrait empêcher que des croyances morales ou religieuses propres à un seul individu puissent être protégées en vertu de la liberté de conscience et de religion, pourvu qu'elles relèvent d'une adhésion à des valeurs spirituelles fondamentales. Comme le dit le professeur Brun, «[c]haque être humain peut avoir sa religion propre ou son livre d'éthique fondamentale bien à lui»²⁴⁴. Cependant, en pratique, il sera très difficile pour un requérant de prouver que des croyances auxquelles il est le seul à adhérer constituent plus que de simples opinions ; il pourra cependant y parvenir dans certains cas en produisant, par exemple, ses propres écrits antérieurs sur le sujet ou des témoignages sur son mode de vie. Aux États-Unis, la Cour suprême a accepté de considérer comme religieuse l'opinion de personnes qui pensaient que le fait pour l'administration d'utiliser le numéro d'assurance sociale de leurs enfants risquait de nuire à l'esprit ou à l'âme de ceux-ci, bien qu'une telle croyance ne semblait être partagée par aucun groupe religieux organisé²⁴⁵.

Au Canada, la position de la Cour suprême sur l'importance respective du contrôle de l'existence et de la sincérité des convictions invoquées en matière de liberté de conscience et de religion ne semble pas encore très bien établie. Dans l'affaire *Jones*²⁴⁶, un pasteur d'une Église fondamentaliste qui voulait éduquer lui-même ses enfants plutôt que de les envoyer à l'école prétendait que l'obligation de demander à cette fin une autorisation au ministre portait atteinte à ses convictions religieuses. Le juge La Forest semble s'en remettre à la croyance sincère du requérant en l'existence d'un précepte lui dictant sa conduite et souligne que «même si la croyance religieuse selon laquelle une personne a le droit d'éduquer ses propres enfants n'est plus affirmée aussi énergiquement de nos jours, elle n'est pas vraiment si inhabituelle»²⁴⁷, ce qui dénote un contrôle de l'existence objective de la croyance.

²⁴³ *Supra* note 174 à la p. 1244. Le professeur Tribe souligne le développement progressif d'une double définition de la notion de religion, très extensive pour la clause de libre exercice (d'où découle le droit à l'accommodement), plus limitée pour la clause de non-établissement: «All that is arguably religious should be considered religious in a free exercise analysis ; [...] anything arguably not religious should not be considered religious in applying the establishment clause» (*ibid.*).

²⁴⁴ *Supra* note 195 à la p. 196.

²⁴⁵ Voir *Bowen c. Roy*, 106 U.S. 2147 à la p. 2150 (1986). Cependant, la Cour a jugé que l'effet de cette pratique administrative sur les requérants était trop indirect pour entraîner une violation de leur liberté religieuse.

²⁴⁶ *Supra* note 183.

²⁴⁷ *Ibid.* à la p. 295, juge La Forest. Le juge La Forest a cependant conclu par la suite que l'obligation pour la personne qui donne des cours à ses enfants à son domicile de faire attester le caractère approprié de cet enseignement, même si elle restreignait la liberté de religion de l'intéressé, serait justifiable dans une société libre et démocratique au sens de l'article 1 de la *Charte canadienne*, *supra* note 2. Dans cette

Dans *Edwards Books*²⁴⁸, le juge en chef Dickson exprime l'idée que celui qui se réclame d'un précepte religieux pour obtenir un accommodement doit établir une «preuve forte» quant à l'existence objective de ce précepte²⁴⁹. En outre, tout en exprimant sa préférence pour des mesures législatives rédigées de façon à rendre inutile la vérification de la sincérité des croyances de ceux qui invoquent une exemption sabbatique, il admet néanmoins que «[l]es enquêtes judiciaires portant sur des croyances religieuses sont la plupart du temps inévitables si l'on veut que les libertés garanties par l'al. 2a) de la Constitution puissent être revendiquées devant les tribunaux»²⁵⁰. Si l'on se fie aux précédents américains, ces enquêtes devraient cependant être le plus limitées possible car, comme le dit le professeur Tribe en résumant l'esprit de la jurisprudence dans ce domaine, «given the widening understanding of what constitutes religion in our society, the very rights ostensibly protected by the free exercise clause might well be jeopardized by any but the most minimal inquiry into sincerity»²⁵¹.

Dans l'affaire *Jack et Charlie c. R.*²⁵², dans laquelle la *Charte canadienne* ne s'appliquait pas car les faits en cause étaient antérieurs à son entrée en vigueur, la Cour suprême semble avoir donné plus d'importance au test objectif de l'existence du précepte invoqué qu'au test subjectif de la sincérité des requérants. Ces derniers, deux Autochtones, prétendaient que la *Wildlife Act*²⁵³ de la Colombie-Britannique qui interdit de chasser le cerf hors saison ne devait pas s'appliquer aux actes qu'ils avaient posés dans le but de procéder à une cérémonie religieuse ancestrale au cours de laquelle on brûle de la viande de cerf fraîche. L'authenticité du caractère religieux de cette pratique fut établie, mais non le fait qu'il devait s'agir de viande fraîche plutôt que congelée. La Cour suprême a donc rejeté l'argument fondé sur la liberté de religion. Cependant, étant donné qu'il y avait de la part des intéressés une simple erreur ou une mauvaise interprétation d'un précepte dont l'existence était par ailleurs établie, la Cour aurait pu s'en remettre à leur croyance sincère comme l'avaient fait la Cour d'appel du Manitoba dans l'affaire *Funk*²⁵⁴ et la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Thomas*²⁵⁵. Le professeur Brun critique ainsi la position adoptée par la Cour dans *Jack et Charlie* :

affaire, la majorité a jugé qu'il n'y avait pas restriction de la liberté de religion, l'effet des dispositions législatives contestées sur celle-ci étant trop négligeable.

²⁴⁸ *Supra* note 33.

²⁴⁹ *Ibid.* à la p. 767, juge en chef Dickson : «[e]n l'absence d'une preuve forte quant à la nature de l'observance du mercredi par les hindous ou de celle du vendredi par les musulmans, je ne veux pas, et d'ailleurs je ne suis pas en mesure de le faire, évaluer les effets de la Loi sur les membres de ces groupes religieux».

²⁵⁰ *Ibid.* à la p. 780, juge en chef Dickson.

²⁵¹ *Supra* note 174 aux pp. 1246-47. Il donne l'exemple d'une décision refusant le bénéfice d'une exemption sabbatique à un commerçant pour le dispenser de se présenter en cour un samedi. Il était prouvé qu'il ouvrait régulièrement son magasin ce jour-là.

²⁵² [1985] 2 R.C.S. 332, en ligne : QL (ACS) [ci-après *Jack et Charlie*].

²⁵³ R.S.B.C. 1979, c. 433.

²⁵⁴ Voir *supra* note 233.

²⁵⁵ Voir *supra* note 241.

[t]outefois, comme l'objection de conscience était revendiquée en faveur d'événements passés, il nous semble que la Cour aurait dû alors s'en remettre à la croyance sincère des objecteurs dans le fait que leur religion les obligeait à tuer hors saison. Il nous semble en effet qu'une distinction doit être faite à ce propos entre les faits passés et les faits futurs. L'erreur honnête *dans l'appréciation* du précepte ne devrait pas, dans le premier cas, rendre l'objection de conscience impossible, malgré l'existence d'un *écart vraisemblable* entre le précepte et l'idée qu'on s'en est fait[e]. L'obligation de prouver l'existence du précepte ne devrait pas aller jusque-là [italiques dans le texte]²⁵⁶.

Bien qu'en général, les tribunaux canadiens préfèrent nettement s'en remettre au critère de la sincérité pour éviter d'avoir à se prononcer sur le contenu et la nature des croyances religieuses protégées, leur jurisprudence n'est pas constante et on trouve également des décisions allant en sens inverse²⁵⁷. Ainsi, dans l'affaire *Tuli c. St. Albert Protestant Board of Education*²⁵⁸, la preuve de la sincérité de la foi du plaignant était faite, mais non celle de l'obligation religieuse de porter le *kirpan* dans la situation particulière du plaignant. Comme il n'était pas encore baptisé selon la religion sikh, le port du *kirpan* n'était pas pour lui un commandement religieux, mais plutôt un choix personnel, contrairement à la période postérieure au baptême. Dans ces circonstances, la Commission a conclu que l'interdiction du port du *kirpan* à l'école n'avait pas porté atteinte à la liberté de religion du requérant. On pourrait critiquer cette décision de la même façon que précédemment la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Jack et Charlie*²⁵⁹, à savoir qu'en cas d'erreur sincère d'appréciation d'un précepte par le requérant, on devrait néanmoins considérer qu'il a agi pour un motif religieux.

Au Québec, le Tribunal des droits de la personne, dans l'affaire *Québec (Commission des droits de la personne) c. Autobus Legault Inc.*²⁶⁰, a adopté la position favorable aux plaignants et s'en remet à la sincérité de leurs croyances plutôt que de chercher à vérifier leur degré de conformité aux dogmes prescrits par la religion à laquelle ils adhèrent.

Il faut enfin souligner que la sincérité des croyances religieuses est une question de fait qui doit être appréciée selon les circonstances propres à chaque affaire, la crédibilité personnelle du requérant ayant une importance décisive puisque son témoignage constituera toujours l'élément de preuve principal. Le Tribunal des relations de travail dans la fonction publique de l'Ontario, dans une décision de 1974, a ainsi décrit les considérations dont il y a lieu de tenir compte dans l'enquête sur la sincérité de celui qui invoque ses croyances religieuses pour être dispensé de verser une cotisation syndicale :

²⁵⁶ *Supra* note 252 aux pp. 195-96. Le professeur Black critique lui aussi cette décision ; il aurait été d'avis de déclarer la prohibition de la chasse inapplicable aux Indiens pour respecter leur liberté de religion, voir *supra* note 178 à la p. 175.

²⁵⁷ Pour une analyse de la jurisprudence, voir Tarnopolsky & Pentney, *supra* note 65 à la p. 68 et s.

²⁵⁸ (1987), 8 C.H.R.R. D/3736 (Alta. Board of Inquiry).

²⁵⁹ *Supra* note 252.

²⁶⁰ [1994] R.J.Q. 3027 à la p. 3040 (T.D.P.Q.), juge Rivet [ci-après *Autobus Legault*].

In assessing the sincerity of the applicant, the Tribunal should consider such matters as (1) the demeanour of the witness while testifying ; (2) the nature of the applicant's beliefs — their relationship to a divine being and the moral dimensions of such beliefs ; (3) the previous religious experience of the applicant ; (4) the relationship between that religious experience and the belief currently held by the applicant ; (5) the directness of the connection between the religious belief and the objection to paying dues to an employee organization ; and (6) the extent to which the religious belief is applied²⁶¹.

Concernant la pratique religieuse antérieure du requérant, la Commission des droits de la personne du Québec, dans son avis de 1991 sur le régime alimentaire des détenus de foi hébraïque²⁶², reconnaît qu'elle constitue une indication de la sincérité des croyances du requérant et qu'elle peut au besoin être établie après contact avec la communauté religieuse concernée. La Commission ajoute cependant qu'elle ne saurait constituer l'unique critère²⁶³.

3. L'effet de la norme ou de la pratique contestée sur les croyances

Rappelons que la Cour suprême a jugé, dans *Big M Drug Mart*²⁶⁴, qu'une loi dont l'objectif est d'imposer ou d'interdire une croyance ou une pratique religieuse restreint la liberté de religion d'une façon qui ne saurait jamais être justifiée. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner, dans un tel cas, la nature ou la dimension des effets de la loi sur la liberté de religion. Par contre, lorsqu'une loi poursuit des objectifs séculiers, il est néanmoins possible qu'elle ait des effets entraînant, directement ou indirectement, une atteinte à la liberté de conscience ou de religion ; c'est alors qu'un examen de la nature et de la gravité de ces effets devient nécessaire²⁶⁵.

L'examen de la jurisprudence montre que, pour prouver qu'une norme restreint sa liberté de conscience ou de religion, le plaignant doit démontrer qu'elle l'oblige à faire ce que ses croyances lui interdisent ou l'empêche de respecter un précepte important de son code moral ou encore, sans l'en empêcher, entraîne pour lui des

²⁶¹ Cité dans *Re Civil Service Association of Ontario (Inc.) and Anderson* (1976), 9 O.R. (2^e) 341 à la p. 343, 60 D.L.R. (3^e) 397 (C. div. Ont.).

²⁶² Voir *Le régime alimentaire des détenus de foi hébraïque*, *supra* note 34.

²⁶³ Voir *ibid.* aux pp. 9-10 : «[l]e critère fondamental doit en somme, de l'avis de la Commission, être celui de l'intention et du désir sérieux du détenu de suivre le régime cascher, la pratique religieuse antérieure n'étant qu'un moyen parmi d'autres de démontrer cette intention».

²⁶⁴ *Supra* note 103.

²⁶⁵ Voir *ibid.* aux pp. 333-34, juge en chef Dickson :

[s]i l'objet reconnu de la *Loi sur le dimanche*, à savoir rendre obligatoire l'observance du sabbat, porte atteinte à la liberté de religion, il n'est pas nécessaire alors d'examiner les répercussions réelles de la fermeture le dimanche sur la liberté de religion. Même si ces effets étaient jugés inoffensifs, [...] cela ne pourrait permettre de sauver une loi dont on a conclu que l'objet viole les garanties de la *Charte*. [...] [S]i, de par ses répercussions, une loi qui a un objet valable porte atteinte à des droits et libertés, il serait encore possible à un plaideur de tirer argument de ses effets pour la faire déclarer inapplicable, voire même invalide.

Voir également *Edwards Books*, *supra* note 33 à la p. 752, juge en chef Dickson.

difficultés importantes à le faire ou lui impose des inconvénients financiers résultant de coûts additionnels ou de la perte d'un avantage.

Une première distinction doit donc être faite entre, d'une part, les cas où la règle de droit empêche ou rend plus difficile de faire ce que la croyance prescrit ou encore oblige à faire ce que la croyance interdit, et, d'autre part, les cas où la règle de droit empêche de faire ce que la croyance permet. Seules les deux premières situations devraient être considérées comme entraînant une restriction de la liberté de religion. Dans la dernière situation, comme le précepte religieux est purement permissif, il n'entre pas en conflit avec la règle de droit qui prohibe ce qu'il autorise. Ainsi, le fait qu'une religion permette l'avortement ne la met pas en conflit avec une disposition du *Code criminel* qui prohibe l'interruption de grossesse²⁶⁶ ; le fait qu'une religion autorise la polygamie ne la rend pas incompatible avec une loi qui l'interdit.

Cela nous amène à préciser qu'à notre avis, seules des normes coercitives, qui obligent à faire ou à ne pas faire, peuvent contrarier la liberté de conscience et de religion ; par contre, une norme permissive, qui autorise un comportement, ne saurait entraîner une limitation de cette liberté. Pour reprendre un exemple utilisé précédemment, le règlement qui donne accès aux piscines municipales aux personnes des deux sexes dans les mêmes conditions et aux mêmes heures ne saurait être considéré comme limitant la liberté de religion de celles dont les préceptes empêchent les deux sexes de se baigner ensemble ; ici, l'empêchement de se baigner provient de la religion elle-même. Par contre, comme on l'a mentionné précédemment, on pourrait considérer que le règlement en cause entraîne une discrimination indirecte fondée sur la religion.

Se pose ensuite la question du lien de causalité qui doit exister entre la règle de droit contestée et la restriction de la liberté de religion. À ce sujet, le juge en chef Dickson s'est exprimé comme suit dans l'arrêt *Edwards Books* :

[j]e crois qu'il est sans importance que la coercition soit directe ou indirecte, délibérée ou involontaire, prévisible ou imprévisible. Toute entrave coercitive à l'exercice de croyances religieuses relève potentiellement de l'al. 2a)²⁶⁷.

La Cour a donc jugé qu'une loi obligeant tous les commerçants à fermer leur commerce le dimanche restreint la liberté de religion des détaillants et consommateurs qui observent un jour de repos hebdomadaire autre que le dimanche, en ce qu'elle rend plus onéreuse ou plus difficile pour ces personnes la mise en pratique de leurs préceptes religieux. La loi exerce sur ces personnes une pression indirecte sous la forme d'un désavantage d'ordre concurrentiel et, pour les consommateurs,

²⁶⁶ En ce sens, voir *R. c. Morgentaler* (1986), 52 O.R. (2^e) 353, 22 D.L.R. (4^e) 641 (C.A. Ont.) ; voir également *Québec (P.G.) c. Église de scientologie du Québec*, [1995] R.J.Q. 2526 (C.Q.).

²⁶⁷ *Supra* note 33 aux pp. 758-59.

de possibilités réduites de magasinage²⁶⁸. La majorité a cependant conclu que la restriction était justifiable au sens de l'article 1 de la *Charte canadienne*²⁶⁹.

Les juges Beetz et McIntyre sont dissidents dans l'affaire *Edwards Books*, car ils estiment que le préjudice économique subi par ceux qui observent un jour de repos autre que le dimanche est indépendant de la loi contestée et découle seulement des impératifs de leur religion ainsi que «du choix délibéré d'un commerçant qui décide de faire primer les principes de sa religion sur ses profits financiers»²⁷⁰. Un raisonnement similaire a été adopté par deux des membres de la Cour dans l'arrêt *Adler*. Les juges Sopinka et Major considéraient que le fardeau additionnel imposé aux parents qui envoient leurs enfants à l'école religieuse privée non-subventionnée ne découle pas de la décision de non-subventionnement prise par les autorités provinciales, mais «exclusivement de leurs principes religieux»²⁷¹.

Dans *Edwards Books*, outre l'argument de la contrainte indirecte accepté par la majorité, les requérants prétendaient que, dans la mesure où la loi les obligeait à fermer leur commerce le dimanche, elle avait pour effet direct de les forcer à se conformer au dogme religieux de la majorité chrétienne. Le juge en chef Dickson a ainsi répondu à ce deuxième argument :

À mon avis, une loi d'inspiration laïque ne porte pas atteinte à la liberté de ne pas se conformer à des dogmes religieux simplement parce que certaines de ses dispositions coïncident avec les préceptes d'une religion²⁷².

Enfin, l'effet restrictif de la règle de droit sur la croyance ou la pratique religieuse doit être suffisamment grave pour qu'il y ait atteinte à la liberté de religion ou de conscience. Le juge en chef Dickson analyse ainsi la question de gravité de l'atteinte dans l'arrêt *Edwards Books* :

L'alinéa 2a) n'exige pas que les législatures éliminent tout coût, si infime soit-il, imposé par l'État relativement à la pratique d'une religion. [...] Bref, l'action législative ou administrative qui accroît le coût de la pratique ou de quelque autre

²⁶⁸ Voir *Edwards Books*, *ibid.* à la p. 766.

²⁶⁹ Les affaires *Zylberberg*, *supra* note 180 et *Canadian Civil Liberties Association*, *supra* note 181 sont deux autres décisions où le tribunal est arrivé à la conclusion qu'une restriction de la liberté de religion peut résulter d'une pression indirecte, en l'occurrence la crainte du stigmatisation sociale que pourraient éprouver des parents s'ils devaient demander aux autorités scolaires une dispense de récitation des prières ou d'éducation religieuse pour leurs enfants.

²⁷⁰ *Edwards Books*, *supra* note 33 à la p. 789, juge Beetz.

²⁷¹ *Adler*, *supra* note 131 à la p. 702, juge Sopinka.

²⁷² *Edwards Books*, *supra* note 33 aux pp. 760-61, juge en chef Dickson. Le juge en chef ajoute, aux pp. 761-62 :

[j]e ne me prononce pas cependant sur la possibilité qu'une telle loi puisse limiter la liberté de conscience et de religion de ceux dont le comportement est régi par l'intention d'exprimer ou de manifester leur inobservance d'une doctrine religieuse. Aucun des commerces de détail en cause dans les présents pourvois n'a démontré qu'il était ouvert le dimanche dans quelque autre but que de faire de l'argent. Par conséquent, aucun fondement probatoire ne justifie la prétention de certains de ces détaillants qu'il y a eu atteinte à leur liberté de ne pas se conformer à une doctrine religieuse.

manifestation des croyances religieuses n'est pas interdite si le fardeau ainsi imposé est négligeable ou insignifiant : voir à ce sujet l'arrêt *R. c. Jones*²⁷³.

Pour prendre un exemple utilisé par le juge en chef Dickson dans l'affaire *Edwards Books*²⁷⁴, la taxe de vente sur les objets nécessaires à un culte religieux a pour effet d'augmenter le prix de la pratique de ce culte, mais pas suffisamment pour constituer une entrave à la liberté de religion. Si par ailleurs la taxe avait un effet disproportionné sur les objets nécessaires à un culte en particulier, il pourrait en résulter une discrimination fondée sur la religion.

De même, un règlement municipal de zonage ayant pour effet de prohiber la construction d'un édifice de culte à un endroit particulier désigné par les fidèles ne restreint pas la liberté de religion si la construction est possible ailleurs sur le territoire de la municipalité²⁷⁵. Par contre, si le règlement municipal rendait impossible la construction sur tout le territoire municipal, il y aurait certainement restriction de la liberté de religion. Et si le règlement autorisait la construction des édifices de culte de certaines religions et non d'autres, il y aurait discrimination fondée sur la religion²⁷⁶.

Notons également que la gravité de l'atteinte à la liberté de religion dépend à la fois de l'importance du fardeau imposé à la pratique religieuse et de l'importance du précepte dont la mise en œuvre est rendue plus difficile. Ainsi, une norme qui rend ardu le respect d'un précepte religieux fondamental sera plus facilement considérée comme entraînant une atteinte significative à la liberté de religion que si elle ne gêne que l'observance d'un précepte d'importance moindre²⁷⁷.

L'examen de la jurisprudence démontre qu'inévitablement, le critère de l'importance du fardeau imposé à la pratique religieuse est appliqué de façon subjective, parfois imprévisible, et ne mène pas toujours à des résultats entièrement cohérents. Ainsi, dans l'affaire *Peel*²⁷⁸, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé que le fait que la loi ontarienne sur les jours fériés, déclarée valide dans l'affaire *Edwards Books*, ait été modifiée de façon à permettre à tout commerce d'ouvrir le dimanche s'il ferme un autre jour de la semaine pour des raisons religieuses, ne porte pas atteinte à la liberté de religion garantie par la *Charte canadienne* même si elle ordonne la fermeture le vendredi saint et le jour de Noël. La Cour souligne que, de nos jours, ces occasions doivent être considérées comme des jours du repos séculiers. Quoiqu'il en soit, même s'il y avait atteinte, celle-ci serait peu significative. Par contre, dans l'affaire *Bergevin*²⁷⁹, la Cour suprême du Canada a considéré que la

²⁷³ *Ibid.* à la p. 759, juge en chef Dickson ; voir aussi *Jones*, *supra* note 183 et le texte correspondant. Pour une critique de *Jones*, voir Horwitz, *supra* note 14 aux pp. 31-32.

²⁷⁴ Voir *Edwards Books*, *ibid.* à la p. 759, juge en chef Dickson.

²⁷⁵ Voir *Montreal Bible and Gospel Halls c. Dorval (Ville de)* (19 mai 1993), Montréal, 500-05-001293-933, J.E. 93-1111 (C.S.).

²⁷⁶ Voir *Congrégation des Témoins de Jéhovah de Sorel Inc. c. Sorel (Ville de)*, 34 R.P.R. (2^e) 144 (Bureau de révision de l'évaluation foncière).

²⁷⁷ Voir Tribe, *supra* note 174 aux pp. 1248-49.

²⁷⁸ *Supra* note 191.

²⁷⁹ *Supra* note 9 aux pp. 541-42, juge Cory.

perte d'un jour de salaire correspondant à un deux-centième du salaire annuel des plaignants était suffisamment significative pour constituer une atteinte à leur liberté de religion, laquelle entraînait pour l'employeur une obligation d'accommodement raisonnable.

Si la perte d'un jour de salaire est suffisamment significative pour des enseignants, pourquoi la perte de deux jours d'affaires ne le serait-elle pas pour des commerçants ? Rien dans les arrêts en cause ne permet de répondre.

Conclusion

Les concepts de discrimination indirecte et d'accommodement raisonnable constituent des instruments fort utiles pour la protection des minorités culturelles et religieuses. Ils permettent une compréhension plus approfondie du droit à l'égalité, car ils montrent que celui-ci doit souvent s'analyser comme un droit à la différence, un droit à un traitement particulier. Cela est très important, car l'esprit humain tend presque irrésistiblement à concevoir l'égalité comme résultant d'un traitement identique pour tous. Or, pour les minorités, le fait d'être traitées de la même façon que la majorité a souvent des effets destructeurs sur leur spécificité.

Le concept d'accommodement raisonnable est surtout utile pour les minorités qui ne peuvent réclamer une forme quelconque d'autonomie gouvernementale sur une base territoriale, à l'intérieur de l'État. Il est vrai que les minorités qui obtiennent une telle autonomie, les francophones du Québec par exemple, sont en position, dans les domaines où s'exerce cette autonomie, d'adopter démocratiquement leurs propres règles. En fait, dans ces domaines, ces collectivités ne sont alors plus minoritaires. Cependant, ce ne sont que les minorités de souche (ou minorités nationales) qui peuvent obtenir une certaine autonomie politique à base territoriale, et encore faut-il qu'elles soient suffisamment concentrées sur le plan territorial.

Par contre, les minorités dispersées géographiquement, ou les minorités résultant d'une immigration récente, en particulier les minorités religieuses, ne peuvent prétendre à l'autonomie gouvernementale. Pour les protéger, il faut donc recourir à des dispositifs anti-majoritaires, en particulier à des mesures anti-discriminatoires. Traditionnellement, ces mesures étaient interprétées comme prohibant surtout, voire exclusivement, la discrimination directe. Or, les règles s'appliquant de la même façon à tous, mais entraînant un préjudice pour les membres des minorités à cause de ce qui leur est spécifique, ne pouvaient pas être contestées sur la base du concept de discrimination directe. On peut désormais le faire avec la notion de discrimination indirecte et la notion d'accommodement raisonnable qui en est le corollaire. Les minorités peuvent invoquer le droit à l'égalité pour obtenir un traitement distinct, autrement dit un droit à la différence. Ce faisant, la minorité peut se soustraire à certaines règles adoptées par la majorité et obtenir un régime juridique distinct, répondant mieux à ses besoins.

À la limite, s'il était pratiqué à grande échelle, l'accommodement raisonnable permettrait aux minorités d'obtenir un statut d'autonomie personnelle comme celui qui existait à une certaine époque dans l'Empire ottoman (le régime du millet) ou, de façon plus générale, dans les pays musulmans (le régime des capitulations) et

qui soustrayait en bonne partie les chrétiens aux lois locales pour les soumettre à la juridiction commerciale, civile et même pénale de leurs consuls. De tels régimes étaient octroyés par le législateur ou l'autorité politique selon un plan systématique, alors que l'accommodement raisonnable, tel qu'on le connaît actuellement au Canada, est une construction essentiellement jurisprudentielle, progressive, casuistique et pragmatique. Cependant, les accommodements peuvent également résulter de la pression et de la négociation politiques.

Il faut également souligner que les mesures d'accommodement ou d'adaptation raisonnable, notamment en matière religieuse, ont une vocation à la permanence, puisqu'on veut permettre le maintien des traditions culturelles et religieuses, ce qui les distingue des programmes d'action positive, pour les femmes ou les minorités visibles par exemple, qui sont généralement considérés comme des mesures temporaires destinées à éliminer une situation de discrimination systémique.

On adresse généralement deux sortes de critiques à la politique d'accommodement raisonnable : l'une étant reliée aux risques qu'elle ferait courir à l'harmonie sociale, l'autre portant sur les dangers qu'elle pourrait entraîner pour les droits individuels des membres des minorités. Pour ce qui est de la première critique, elle se rapproche beaucoup de celle qui est soulevée contre la politique du multiculturalisme, puisque la politique d'accommodement et le multiculturalisme participent du même état d'esprit consistant à favoriser la préservation et la transmission des cultures et des religions d'origine des minorités. De façon générale, on reproche à la politique de maintien des cultures d'origine de favoriser une mentalité de la division et une psychologie de la séparation, d'encourager et de valoriser l'appartenance à des sous-communautés plutôt qu'à la collectivité, de favoriser la ghettoïsation des minorités, de légitimer le communautarisme. On ajoute qu'il s'agit d'une vision de société qui accentue les différences plutôt que de les réduire et qui empêche les immigrants de bien s'intégrer en affaiblissant l'image que propose la société d'accueil et en survalorisant les cultures d'origine²⁸⁰. Si ces critiques ne sont pas dénuées de tout fondement, elles semblent cependant largement exagérées. La politique du multiculturalisme et celle de l'accommodement ont essentiellement pour but de favoriser l'inclusion des minorités et des immigrants dans la société d'accueil, notamment en leur permettant de lutter contre les normes qui sont discriminatoires à leur endroit, en les faisant invalider lorsqu'il s'agit de discrimination directe ou en s'y soustrayant dans les cas de discrimination indirecte et d'accommodement raisonnable. La reconnaissance de la différence et les adaptations consenties aux minorités faciliteront donc, à moyen et à long terme, leur intégration harmonieuse dans la société, même si, à court terme, ces politiques peuvent avoir pour effet de souligner, voire d'exacerber, certains traits et comportements particuliers à ces groupes. Le fait de permettre aux sikhs de conserver leurs accessoires religieux dans la Gendarmerie royale, loin d'empêcher leur intégration, la facilite en leur permettant de participer à une institution canadienne hautement symbolique. De même, l'adaptation du calendrier scolaire aux fêtes religieuses des mi-

²⁸⁰ Voir par ex. N. Bissoondath, *Selling Illusions: The Cult of Multiculturalism in Canada*, Toronto, Penguin, 1994.

norités fera en sorte que les membres de ces groupes se sentiront plus à l'aise dans l'enseignement public et choisiront plus volontiers d'y envoyer leurs enfants et d'y participer en tant que parents d'élèves.

La seconde critique dirigée contre la politique de préservation des cultures d'origine, que ce soit l'accommodement raisonnable ou le multiculturalisme, porte sur les dangers qu'elle ferait courir aux droits individuels des membres des groupes minoritaires. D'abord, il faut insister sur le fait que l'accommodement raisonnable conduit à un statut distinct qui n'est jamais imposé aux membres des minorités. Ceux-ci peuvent toujours choisir d'obéir aux lois générales et ne pas réclamer l'accommodement. Ils peuvent donc décider de rompre avec leur religion, leur culture ou leur langue maternelle pour rejoindre le groupe dominant. Autrement dit, l'appartenance à la minorité et le régime distinct qui l'accompagne doivent toujours être désirés. Cependant, sur un plan sociologique, on peut prétendre que les mesures de préservation des cultures d'origine empêchent, ou retardent, la modernisation des communautés immigrantes, c'est-à-dire l'adoption par celles-ci des valeurs individualistes, libérales, rationalistes et séculières qui constituent le propre des sociétés démocratiques et libérales²⁸¹. L'accommodement raisonnable et le multiculturalisme favoriseraient donc le maintien, au sein des collectivités minoritaires, de pratiques

parfois oppressives. Ce reproche s'adresse particulièrement aux mesures d'accommodement qui favorisent la pratique des religions traditionnelles dans la mesure où celles-ci véhiculent une conception du monde conservatrice, théocratique, souvent autoritaire et patriarcale. L'exemple par excellence est évidemment celui des exigences religieuses et culturelles qui assignent aux femmes un statut subordonné, comme le port du *hijab*. Certes, le fait que le *hijab* soit accepté, au nom de l'accommodement raisonnable, dans l'espace public, facilite le maintien de cette pratique dans les contextes familial et communautaire. S'il est vrai que rien n'oblige juridiquement le port du voile, le fait qu'il soit autorisé à l'école permet par contre aux familles d'exercer une pression morale et sociale sur les jeunes filles pour les forcer à le porter contre leur gré²⁸². Cependant, pour conserver cet exemple, l'interdiction du *hijab* risquerait d'entraîner une crispation chez les parents musulmans. Il est somme toute préférable que les jeunes musulmanes fréquentent l'école publique en portant le voile plutôt que de rester enfermées chez elles ou d'être envoyées dans une école religieuse privée. En suscitant chez une collectivité minoritaire la crainte de perdre son identité, on augmente les risques de la voir succomber à la tentation du fondamentalisme et de l'intégrisme pour se défendre contre ce

²⁸¹ Voir R. Knopff, *Human Rights and Social Technology: The New War on Discrimination*, Ottawa, Carleton University Press, 1989 aux pp. 132-33.

²⁸² Pour une discussion des mérites et des dangers de l'attitude «accommodationniste», du point de vue du libéralisme politique, voir notamment W. Kymlicka, «Démocratie libérale et droits des cultures minoritaires» dans F. Gagnon, M. McAndrew et M. Pagé, dir., *Pluralisme, citoyenneté et éducation*, Montréal, Harmattan, 1996, 25 [ci-après *Pluralisme, citoyenneté et éducation*]; J. Carens, «Immigration et démocratie libérale», dans *Pluralisme, citoyenneté et éducation, ibid.*, 95 à la p. 95; D.M. Weinstock, «Droits collectifs et libéralisme : une synthèse ?» dans *Pluralisme, citoyenneté et éducation, ibid.*; R. Howse, «Liberal Accommodation» (1996) 46 U.T. L.J. 311.

qu'elle percevra alors comme une pression assimilationniste. Il vaut sans doute mieux accepter les pratiques traditionnelles, du moins celles qui ne sont pas dangereuses pour l'intégrité physique et psychologique des personnes, en espérant qu'elles permettront aux membres des minorités, tout en conservant le support de leur milieu d'origine, d'amorcer leur intégration dans le milieu plus large de la société d'accueil. Par ailleurs, dans le contexte canadien et québécois, pour revendiquer des accommodements de type communautaire, les minorités doivent employer une rhétorique qui fait appel aux droits individuels et universels, comme le droit à l'égalité et la liberté de religion. Cela les amène donc à utiliser — et à intérioriser progressivement — les valeurs individualistes, rationalistes et séculières de la société libérale. Autrement dit, en faisant appel aux Chartes canadienne et québécoise pour obtenir des accommodements, les minorités culturelles et religieuses, qu'elles en soient ou non conscientes, tiennent un discours qui les engage dans le processus de modernisation.
