

Recadrer le débat sur les limites aux accommodements culturels et religieux :

quelques observations sur la problématique particulière soulevée par l’appréhension actuelle des
convictions religieuses préjudiciables en droit québécois et canadien

Par
Me Louis-Philippe Lampron
Professeur assistant en droits et libertés fondamentaux
Faculté de droit de l’Université Laval

Mémoire présenté à la Commission des institutions
dans le cadre de la Consultation générale sur le projet de loi no. 94, *Loi établissant les balises
encadrant les demandes d’accommodement dans l’Administration gouvernementale et dans
certains établissements*

Québec, le 4 mai 2010

TABLE DES MATIÈRES

PRÉSENTATION DE L'AUTEUR	2
RÉSUMÉ DU MÉMOIRE	3
INTRODUCTION	4
1. LES <i>CONVICTIONS RELIGIEUSES PRÉJUDICIALES</i> : DÉFINITION ET RÔLE DANS L'ÉMERGENCE DES DEUX « CRISES » DES ACCOMMODEMENTS AU QUÉBEC	6
2. DIFFICULTÉS LIÉES À L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT CANADIEN EN CE QUI CONCERNE L'ACCOMMODEMENT DES CONVICTIONS RELIGIEUSES PRÉJUDICIALES	9
2.1. Violation des dispositions protégeant les convictions religieuses : même degré de protection pour les convictions religieuses « ordinaires » et « préjudiciables »	10
2.2. Justification des atteintes et accommodements : importantes lacunes des actuelles balises jurisprudentielles quant à la gestion d'une catégorie importante de convictions religieuses préjudiciables	12
3. MODIFIER LES RÈGLES DU JEU EN MATIÈRE D'ACCOMMODEMENTS CULTURELS ET RELIGIEUX : QUELQUES PISTES DE SOLUTION ENVISAGEABLES	16

PRÉSENTATION DE L'AUTEUR

Avocat inscrit au Tableau de l'Ordre du Barreau du Québec depuis 2005, je suis professeur assistant en droit public à la Faculté de droit de l'Université Laval depuis le mois d'août 2007. J'y suis actuellement responsable des cours de *Droits et libertés de la personne* (au baccalauréat et au certificat), *Droits et libertés en domaine privé* (cours de deuxième et troisième cycle) et *Droit administratif II*.

S'agissant de mes intérêts et champs d'expertise particuliers au sein de la thématique générale des droits et libertés fondamentaux, les dernières années m'ont permis de me spécialiser sur les questions propres à la mise en œuvre des dispositions protégeant les convictions religieuses individuelles au sein des *lois sur les droits fondamentaux* canadiennes, soit principalement celles qui consacrent la « liberté de religion » (tels les articles 2a) de la *Charte canadienne* et 3 de la *Charte québécoise*) ou interdisent plus généralement toute forme de discrimination fondée sur les convictions religieuses (tels les articles 15 de la *Charte canadienne* et 10 de la *Charte québécoise*). Ces dispositions se trouvent en effet au cœur de la thèse de doctorat que je suis en voie de compléter (première version déposée pour évaluation par mes co-directeurs de recherche le 29 mars dernier) et qui s'intitule provisoirement *Droits fondamentaux et convictions religieuses en milieu de travail : hiérarchie ou parité?*

Pour résumer en quelques mots l'hypothèse de recherche principale qui sous-tend ma thèse de doctorat, je tente d'y démontrer que, malgré les prétentions maintes et maintes fois réaffirmées par la Cour suprême quant à l'égalité hiérarchique de l'ensemble des droits et libertés fondamentaux de nature constitutionnelle au Canada (i.e. aucun droit ou liberté ne devant automatiquement prévaloir sur les autres en cas de conflit), l'état actuel de la jurisprudence canadienne en matière de droits et libertés fondamentaux a clairement établi une *hiérarchie matérielle* favorisant certains droits et libertés fondamentaux par rapport à d'autres. La justification de cette hypothèse de recherche repose sur la stricte démonstration que les convictions religieuses individuelles, en tant qu'*objet de protection* des *lois sur les droits fondamentaux*, jouissent actuellement d'un statut privilégié au Canada par rapport aux autres « grands objets de protection » de ces mêmes lois (tels que l'expression, l'association ou même la liberté et sécurité de sa personne).

Outre la complétion de ma thèse de doctorat, j'ai également eu la chance de publier quelques articles sur la question de la protection des convictions religieuses en droit canadien, dont notamment :

« Pour que la tempête ne s'étende jamais hors du verre d'eau : réflexions sur la protection des convictions religieuses au Canada » (sera publié dans le volume 55 de la *Revue de droit de McGill*, 2010);

« La résolution du conflit entre la liberté religieuse et l'égalité des hommes et des femmes : occasion manquée ou manœuvre d'évitement réussie? », dans Louise LANGEVIN et al., « L'affaire *Bruker c. Marcovitz* : variations sur un thème », (2008) 49 *C. de D.* 655, 678;

« Convictions religieuses individuelles *versus* égalité entre les sexes : ambiguïtés du droit québécois et canadien », dans Paul EID et al. (dir.), *Appartenances religieuses, appartenance citoyenne : un équilibre en tension*, Québec, PUL, 2009, p. 207.

RÉSUMÉ DU MÉMOIRE

Dans un contexte où :

- le législateur québécois affirme vouloir clarifier les balises auxquelles doivent référer les gestionnaires/décideurs des différentes institutions de la sphère publique québécoise en matière d'octroi des accommodements raisonnables fondés sur des motifs culturels ou religieux

MAIS

- se borne presque exclusivement à réaffirmer celles qui sont actuellement imposées à ces mêmes gestionnaires/décideurs dans l'état actuel de la jurisprudence québécoise et canadienne liée à la mise en œuvre des *Chartes* québécoise et canadienne;

le présent mémoire vise principalement à :

- 1) fournir quelques importantes précisions juridiques sur les difficultés pratiques découlant de la mise en œuvre des actuelles balises jurisprudentielles concernant les demandes d'accommodements raisonnables liées à certaines *convictions religieuses préjudiciables* dont la nature particulière implique, en soi, une atteinte à un (ou plusieurs) autres droits fondamentaux consacrés par les *Chartes* québécoise et canadienne (notamment le droit à l'égalité entre les hommes et les femmes ou entre individus de différentes orientations sexuelles) et qui se trouvent à l'origine des deux « crises » des accommodements qui ont eu lieu au Québec depuis 2006;
- 2) fournir quelques pistes de solution pouvant être explorées par le législateur s'il entend s'attaquer à la problématique particulière de l'appréhension de ces mêmes *convictions religieuses préjudiciables*

INTRODUCTION

Malgré le très large libellé conféré au titre du projet de loi no. 94, force est de constater que le seul « apport » qu'il amène aux balises jurisprudentielles régissant actuellement l'octroi d'accommodements raisonnables en vertu des *Chartes* québécoise et canadienne se limite à l'encadrement du port de symboles culturels/religieux couvrant totalement ou substantiellement le visage de fonctionnaires ou individus voulant bénéficier de services gouvernementaux particuliers au Québec¹. En effet, non seulement les articles 4 et 5 du projet de loi se bornent-ils à réaffirmer les principes et balises actuellement imposé(e)s à l'ensemble des gestionnaires/décideurs des institutions publiques québécoises lorsqu'ils doivent déterminer si une demande d'accommodement formulée pour des motifs culturels et religieux est « raisonnable »² (et donc, doit être acceptée), mais le second alinéa de l'article 6 de cette même loi admet d'emblée la possibilité que le port du seul type de symbole religieux spécifiquement visé par le projet de loi puisse être admis dans certaines situations :

« 6. Est d'application générale la pratique voulant qu'un membre du personnel de l'Administration gouvernementale ou d'un établissement et une personne à qui des services sont fournis par cette administration ou cet établissement aient le visage découvert lors de la prestation des services.

Lorsqu'un accommodement implique un aménagement à cette pratique, il doit être refusé si des motifs liés à la sécurité, à la communication ou à l'identification le justifient. » [nos soulignés].

En bout de course, toute personne connaissant de manière suffisante l'état actuel de la jurisprudence en ce qui concerne la mise en œuvre des *Chartes* québécoise et canadienne risque fort de conclure que la seule « balise » supplémentaire qui découle du projet de loi no. 94 tel qu'il est actuellement libellé – et qui de surcroît ne s'applique que pour les demandes impliquant le port d'un des symboles visés par l'alinéa 6 (1) – tient au motif de la « communication », motif extrêmement large et diffus sur la base duquel il serait désormais possible de refuser qu'un fonctionnaire ou un bénéficiaire québécois ait le visage voilé dans une des différentes institutions publiques québécoises visées par ce même projet de loi.

¹ Nous partageons à cet égard l'avis de certains experts en matière de droits et libertés fondamentaux, dont notamment la professeure Eugénie Brouillet, de la Faculté de droit de l'Université Laval (Marc ALLARD, « Accommodements raisonnables : il n'y a rien de réglé dit une juriste », *Journal Le Soleil*, 25 mars 2010, [en ligne : <http://www.cyberpresse.ca/le-soleil/actualites/societe/201003/25/01-4264022-accommodements-raisonnables-il-ny-a-rien-de-regle-dit-une-juriste.php>], (page consultée le 1^{er} mai 2010) et Me Nathalie DesRosiers, avocate générale à l'Association des libertés civiles du Canada (Nathalie DESROSIERS, « Projet de loi 94 - Port du niqab : un projet de loi inutile », *Journal Le Devoir*, 3 avril 2010, [en ligne : <http://www.ledevoir.com/politique/quebec/286333/projet-de-loi-94-port-du-niqab-une-loi-inutile>], (page consultée le 1^{er} mai 2010), quant à la portée principalement « descriptive » du projet de loi no. 94 par rapport à l'état actuel des règles applicables en matière d'octroi d'accommodements raisonnables pour des motifs culturels et religieux.

² Voir notamment à cet égard : Christian BRUNELLE, « Les droits et libertés fondamentaux », dans BARREAU DU QUÉBEC, *Droit public et administratif*, vol. 7, *Collection de droit 2009-2010*, Cowansville, Yvon Blais, p. 19, aux pages 68-69.

Cette approche extrêmement circonscrite – et *prima facie* contestable en vertu des dispositions protégeant les convictions religieuses au sein des *Chartes* canadienne et québécoise³ - nous apparaît pourtant bien loin d'être suffisante pour clarifier le flou – voire les lacunes – jurisprudentiel(les) entourant l'accommodement de certaines *convictions religieuses préjudiciables* que nous définissons comme des convictions religieuses dont la nature particulière implique, en soi, une opposition avec un autre droit fondamental protégé par les *Chartes* (notamment : l'égalité entre les hommes et les femmes ou entre individus d'orientations sexuelles différentes).

Conséquemment, le présent mémoire poursuit donc trois objectifs interdépendants :

- (1) définir le concept de *convictions religieuses préjudiciables* et circonscrire leur rôle tout particulier dans le déclenchement des deux « crises » des accommodements au Québec;
- (2) décrire pourquoi les actuelles balises jurisprudentielles complexifient grandement toute possibilité d'imposer des limites (ou autrement formulé, de refuser un « accommodement raisonnable ») à l'expression de telles convictions religieuses; et finalement
- (3) fournir quelques pistes de solution si le législateur devait vouloir s'attaquer à cette problématique par l'entremise du projet de loi no. 94.

³ Bien qu'il ne s'agisse pas là du cœur de notre mémoire, il nous semble très clair que la nature pour le moins imprécise – et donc « élastique » - du terme « communication » constitue une importante faiblesse qui, si ce terme devait être interprété trop largement par un fonctionnaire québécois, implique un important risque d'invalidation en vertu de l'interprétation très large qui fut actuellement conférée par la Cour suprême du Canada aux dispositions protégeant les convictions religieuses au sein des *Chartes* canadienne et québécoise. D'autres experts de la scène juridique semblent par ailleurs partager notre point de vue à cet égard, dont notamment : N. DESROSIERS, *loc. cit.*, note 1; Robert LECKEY, « Le projet de loi 94 risque d'enfreindre la liberté de religion », 15 avril 2010, *Cyberpresse*, [en ligne : <http://www.cyberpresse.ca/opinions/201004/15/01-4270799-le-projet-de-loi-94-risque-denfreindre-la-liberte-de-religion.php>], (page consultée le 1^{er} mai 2010).

1. LES CONVICTIONS RELIGIEUSES PRÉJUDICIALES : DÉFINITION ET RÔLE DANS L'ÉMERGENCE DES DEUX « CRISES » DES ACCOMMODEMENTS AU QUÉBEC

Depuis 2006, le Québec a été la scène de deux « crises »⁴ des accommodements raisonnables octroyés pour des motifs culturels ou religieux : la première a donné lieu à la *Commission Bouchard-Taylor* et au dépôt du rapport final des co-commissaires en 2008; et la seconde a mené le gouvernement actuel à déposer le projet de loi faisant l'objet de la présente Commission des institutions. Dans la foulée de ces deux « crises », plusieurs institutions (et citoyens) québécois(e)s ont choisi de se lancer dans le débat et de prendre position quant à l'état actuel des règles générales régissant l'octroi de tels accommodements culturels ou religieux.

Avec le recul, il nous semble que la plupart des positions exprimées et défendues lors de ces très larges et riches débats publics ont mal évalué la principale cause de ces deux « crises », soit le fait que la plupart des accommodements controversés qui se trouvaient à leur origine émanaient de *convictions religieuses préjudiciables*. Des deux grands pôles permettant de catégoriser chacune de ces positions, tant les tenants du *statut quo* que ceux proposant au contraire une refonte majeure des règles et balises régissant l'octroi des accommodements culturels et religieux (que ces propositions prennent la forme de l'instauration d'une laïcité « à la française » au Québec, impliquant l'interdiction du port de symboles religieux par certains - ou tous les - fonctionnaires québécois, ou encore de la consécration législative d'une hiérarchie formelle qui subordonnerait entièrement les dispositions protégeant les convictions religieuses à certaines autres dispositions des *lois sur les droits fondamentaux*) nous semblent avoir erré quant la source des deux « crises » québécoises. En effet, bien que la récurrence du débat public sur cette question nous semble exiger une intervention législative ayant pour objectif de modifier les règles générales en matière d'octroi des accommodements culturels et religieux, la source particulière de ces deux « crises » nous apparaît bien loin d'exiger une mesure aussi radicale – et peu adéquate – que celle impliquant la mise en œuvre d'une laïcité ferme sur le territoire québécois.

Qu'entendons-nous au juste par l'expression : *convictions religieuses préjudiciables*? Il s'agit en fait d'une sous-catégorie du très large ensemble des convictions religieuses individuelles protégées en vertu des différentes *lois sur les droits fondamentaux* applicables sur le territoire québécois (notamment les *Chartes* canadienne et québécoise). Cette sous-catégorie ne comprend que les convictions religieuses qui, objectivement et en soi, impliquent une opposition (ou un conflit) avec un autre droit ou une liberté fondamental(e).

Une image valant mille mots, nous fournissons ici quelques exemples de convictions religieuses particulières, regroupées en fonction de leur nature « ordinaire » ou devant faire partie de la sous-catégorie des *convictions religieuses préjudiciables* :

⁴ Nous recourons ici à l'utilisation des guillemets pour mettre en lumière l'importance donnée par les co-commissaires Gérard Bouchard et Charles Taylor, de la *Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles* [ci-après la *Commission Bouchard-Taylor*] au « certain décalage entre les pratiques qui ont cours sur le terrain (notamment dans les milieux de l'éducation et de la santé) et le sentiment de mécontentement qui s'est élevé dans la population importante » : Gérard BOUCHARD et Charles TAYLOR, *Fonder l'avenir : le temps de la conciliation*, Québec, Gouvernement du Québec, 2008, p. 18 dans l'émergence de ce que plusieurs ont désigné, exagérément à notre avis, comme étant une « crise des accommodements » au Québec.

Exemples de **convictions religieuses dites « ordinaires »** :

convictions religieuses individuelles qui prescriraient aux individus se croyant tenus de les respecter de :

- (1) ne pas travailler pendant un jour donné de la semaine;
- (2) ne manger que certains types d'aliments; ou
- (3) devoir accomplir des rites religieux particuliers selon une certaine fréquence (comme la prière par exemple)

Exemples de **convictions religieuses préjudiciables** :

convictions religieuses individuelles qui prescriraient aux individus se croyant tenus de les respecter de :

- (1) ne pas entrer en contact avec un individu de sexe, religion ou orientation sexuelle différente;
- (2) réserver aux seuls individus d'un sexe certains avantages ou privilèges; ou
- (3) porter un symbole religieux dont la nature particulière (et non pas la signification, presque impossible à inférer objectivement) implique une opposition ou un conflit avec un droit ou une liberté fondamentale particulier (par exemple : le niqab et la burqa⁵ ou le kirpan)

D'entrée de jeu, force est de constater que les *convictions religieuses préjudiciables* telles que nous les définissons ne constituent qu'un sous-ensemble minime de la très large catégorie des convictions religieuses susceptibles d'être exprimées (et donc, protégées) dans la sphère publique québécoise⁶. Cette constatation nous semble constituer, en soi, un solide contre-argument aux tenants d'une solution « tout azimuth » qui viendrait remettre en cause la possibilité même

⁵ Nous référons à cet égard à la très récente position du Conseil d'État Français à l'égard de ces deux symboles religieux : « Le voile intégral (burqa ou niqab) constitue, d'abord, une tenue dont les origines culturelles et religieuses sont discutées mais qui témoigne, d'une manière générale, d'une conception profondément inégalitaire du rapport entre les hommes et les femmes. Il est aussi l'une des nombreuses formes de dissimulation du visage ayant pour effet et, le cas échéant, pour objet d'empêcher toute reconnaissance de la personne. Au-delà de la signification qu'on lui prête, ce dernier comportement soulève des difficultés pratiques, au regard notamment de considérations de sécurité et, plus généralement, de l'appréhension par autrui. A cet égard, on ne peut ignorer que la pratique de la dissimulation du visage, sous toutes ses formes, tend à se développer dans notre pays. » : CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS, *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, Paris, La Documentation française, 2010, [en ligne : <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/104000146/0000.pdf>], (page consultée le 4 mai 2010), p. 8.

⁶ Il importe en effet garder en tête que la manifestation d'une grande part des *convictions religieuses préjudiciables* relèvent en fait du domaine « privé » des différentes institutions religieuses (ou des adeptes participant à la vie de ces mêmes institutions), domaine au sein duquel le législateur québécois a expressément limité son droit d'ingérence par l'entremise de l'article 20 de la *Charte québécoise*, qui soustrait les différentes institutions religieuses du champ d'application du droit à l'égalité (article 10) protégé par cette même *Charte*.

d'obtenir un accommodement raisonnable pour des motifs d'ordre culturel et religieux dans la sphère publique québécoise.

Ceci étant, force est également de constater que la plupart des cas qui furent les plus médiatisés dans la foulée des deux « crises » des accommodements au Québec concernent directement l'expression (ou la manifestation) de *convictions religieuses préjudiciables*. Qu'il s'agisse de l'autorisation permettant à un élève d'âge primaire de porter un kirpan à l'école publique⁷, des fenêtres givrées du YMCA⁸ ou du récent avis de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse [ci-après CDPDJ] sur la pratique d'accommodement ayant cours à la Société d'Assurance Automobile du Québec qui permet aux individus qui en font la demande pour des motifs religieux de ne pas passer leur examen de conduite en compagnie d'un examinateur de sexe opposé, nombreux furent les cas où l'accommodement de telles convictions religieuses déchainèrent les passions au Québec et, ultimement, nous menèrent au dépôt du projet de loi faisant l'objet de la présente Commission.

Comme nous entendons le démontrer au fil de la seconde partie du mémoire, l'important décalage entre certaines décisions prises par différents décideurs québécois et une portion appréciable de l'opinion publique à leur égard nous semble reposer sur une importante lacune des actuelles balises jurisprudentielles régissant l'octroi des accommodements religieux, lesquelles ne permettent pas, dans plusieurs circonstances, de prendre en considération la nature « préjudiciable » de ce que nous avons défini comme étant des *convictions religieuses préjudiciables*.

⁷ Précisément la trame factuelle qui mena la Cour suprême à rendre l'arrêt *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S 256.

⁸ Sylvie ST-JACQUES, « YMCA de l'avenue du Parc : cachez ce short qu'on ne saurait voir », *Journal La Presse*, 7 novembre 2006, p. A1. À noter que le YMCA de l'avenue du Parc est par la suite revenu sur sa décision et a finalement fait dégivrer les fenêtres en question, pour les équiper de stores : Rollande PARENT, « Les fenêtres du YMCA du Parc seront transparentes », *Presse canadienne*, 19 mars 2007, p. A-2.

2. DIFFICULTÉS LIÉES À L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT CANADIEN EN CE QUI CONCERNE L'ACCOMMODEMENT DES *CONVICTIONS RELIGIEUSES PRÉJUDICIALES*

Comme de nombreux auteurs l'ont constaté et affirmé depuis que la Cour suprême a rendu l'arrêt *Amselem* en 2004, l'interprétation jurisprudentielle actuelle qui régit la mise en œuvre des dispositions protégeant les convictions religieuses au sein des *lois sur les droits fondamentaux* applicables sur le territoire québécois a pour effet de protéger un très large éventail de convictions religieuses individuelles⁹. *Grosso modo*, la seule exigence devant être respectée par un individu qui entend bénéficier de la protection des dispositions protégeant la liberté de religion ou qui consacrent son droit de ne pas être victime de discrimination en vertu de ses convictions religieuses tient à la démonstration qu'il croit sincèrement devoir respecter une conviction spirituelle (subjective) particulière et, donc, agir conformément au comportement qui lui est associé¹⁰.

À l'étape initiale de la mise en œuvre d'une *loi sur les droits fondamentaux* (soit celle de la **violation** du droit ou de la liberté fondamental(e) invoquée), les critères jurisprudentiels actuellement applicables ne permettent pas aux tribunaux d'opérer quelque distinction que ce soit entre des convictions religieuses dites « ordinaires » et des *convictions religieuses préjudiciables*. Autrement formulé, si la manifestation d'une conviction religieuse donnée est susceptible de soulever une opposition avec un autre droit ou une liberté fondamental(e), le tribunal reportera à l'étape subséquente (celle de la **justification** de l'atteinte à la disposition protégeant les

⁹ Voir notamment Sébastien LABEL-GRENIER, « La religion comme véhicule d'affirmation identitaire : un défi à la logique des droits fondamentaux », dans Paul EID et al. (dir.), *Appartenances religieuses, appartenance citoyenne : un équilibre en tension*, Québec, PUL, 2009, p. 123; Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « Quelques angles morts du débat sur l'accommodement raisonnable à la lumière de la question du port de signes religieux à l'école publique : réflexions en forme de points d'interrogation », dans Myriam JÉZÉQUEL (dir.), *Les accommodements raisonnables : Quoi, comment, jusqu'où?*, Cowansville, Yvon Blais, 2007, pp. 241; Pierre BOSSET, « Droit et religion : de l'accommodement raisonnable à un dialogue internormatif ? », (2007) 41 *R.J.T.* 513 ainsi que José WOEHLING, « Quelle place pour la religion dans les institutions publiques ? » dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *Le droit, la religion et le « raisonnable »*, Montréal, Thémis, 2009, p. 115.

¹⁰ « La religion, essentiellement, est l'ensemble des croyances profondes qui se rattachent à la foi spirituelle de l'individu et qui sont liées à la façon dont celui-ci se définit et s'épanouit spirituellement. Les pratiques de cette religion permettent à l'individu de communiquer avec l'être divin ou avec les sujet ou l'objet de cette foi spirituelle.

La liberté de religion garantie par les Chartes québécoise et canadienne a pour objet les croyances et les pratiques qui sincèrement, ont pour but la communication avec une entité divine ou encore entrent dans le cadre de la foi spirituelle, et cela indépendamment de l'existence de quelque obligation, exigence ou précepte religieux objectif. C'est le caractère religieux ou spirituel de l'acte qui entraîne la protection, non le fait que son observance soit obligatoire ou perçue comme telle. L'État n'est pas en mesure d'agir comme arbitre des obligations religieuses; » [nos soulignés] : Henri BRUN, Pierre BRUN et Fannie LAFONTAINE, *Chartes des droits de la personne : législation, jurisprudence, doctrine*, coll. Alter Ego, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, p. 93, parag. 2a/15 (en résumé des arrêts *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551 [ci-après, l'arrêt *Amselem*]; *Multani*, précité, note 7 et *Ross c. Conseil scolaire du district no. 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825 [ci-après : l'arrêt *Ross*]).

convictions religieuses en vertu de dispositions similaires à l'article 1 de la *Charte canadienne*) le processus de conciliation entre ces droits fondamentaux opposés¹¹.

Cette non-reconnaissance du statut particulier des *convictions religieuses préjudiciables* nous apparaît problématique à chacune des deux grandes étapes propres à la mise en œuvre des *lois sur les droits fondamentaux* applicables sur le territoire québécois, soit celles de : (2.1) la violation du droit fondamental et de (2.2.) la justification de l'atteinte.

2.1. Violation des dispositions protégeant les convictions religieuses : même degré de protection pour les convictions religieuses « ordinaires » et « préjudiciables »

Depuis l'incorporation de la *Charte canadienne* au sein de la Constitution canadienne en 1982, le principe général gouvernant les tribunaux lors de l'interprétation des différents droits et libertés fondamentaux au Canada se résume à celui de « l'interprétation large et libérale »¹². Pour résumer en quelques mots le raisonnement sous-tendant cette approche judiciaire : considérant l'importance primordiale des droits et libertés fondamentaux individuels au sein des sociétés occidentales modernes et l'existence, au sein des différentes *lois sur les droits fondamentaux* canadiennes, de dispositions justificatives permettant aux gouvernements de limiter l'expression de ces droits fondamentaux dans certaines circonstances particulières, les tribunaux canadiens ont considéré qu'il valait mieux favoriser la plus large définition possible de ces mêmes droits et libertés et, incidemment, charger les gouvernements fédéral et provinciaux du fardeau de démontrer qu'une atteinte à l'un ou l'autre de ces très larges droits pouvait être « justifiée » au sein d'une société « libre et démocratique ».

La portée des droits et libertés fondamentaux de nature constitutionnelle au Canada a été, c'est un fait, très largement définie par les tribunaux depuis 1982. Mais très peu de droits ont été définis de manière aussi large que les dispositions protégeant les convictions religieuses au Canada. En effet, alors qu'il est plutôt aisé d'identifier certaines « limites intrinsèques » visant soit à exclure certains actes particuliers du champ d'action couvert par d'autres droits fondamentaux (par exemple : les actes de violence physique ne sont jamais couverts par la liberté d'expression¹³), soit à restreindre clairement le « degré de protection » dont bénéficient d'autres actes particuliers en vertu de ces mêmes « autres droits », l'ensemble du corps jurisprudentiel propre à la mise en œuvre des dispositions protégeant les convictions religieuses au Canada (et plus particulièrement

¹¹ Comme le précise très clairement la Cour suprême dans l'arrêt *Multani*, précité, note 7, parag. 30 : « Cette Cour a souvent affirmé, avec raison, que la liberté de religion n'est pas absolue et peut entrer en conflit avec d'autres droits constitutionnels. Toutefois, depuis l'élaboration dans l'arrêt *Oakes* du critère encadrant la restriction des droits, elle n'a pas remis en question qu'en principe les droits sont conciliés au regard de la justification constitutionnelle que commande l'article premier de la *Charte canadienne*. » [nos soulignés].

¹² Comme l'écrit fort justement le professeur Christian Brunelle : « ...compte tenu de leur nature, les lois de nature constitutionnelle et quasi-constitutionnelle doivent recevoir une interprétation généreuse, large et libérale, progressiste, et non stricte, étroite et formaliste, de façon à assurer la protection constante des droits et libertés individuels. » : C. BRUNELLE, *loc. cit.*, note 2, à la page 30.

¹³ Voir notamment : *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, et *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697.

les arrêts qui furent rendus sur cette question par la Cour suprême du Canada) est caractérisé par une formidable retenue judiciaire ayant pour effet de mettre sur un même pied d'égalité toutes les convictions religieuses individuelles dès que les individus qui entendent en assurer la protection ont respecté le très subjectif critère de la « croyance sincère ».

Le refus catégorique de prendre en considération les caractéristiques particulières des *convictions religieuses préjudiciables* lors de la mise en œuvre des dispositions protégeant les convictions religieuses est tout particulier si l'on compare avec la portée qui fut conférée, par exemple, aux dispositions protégeant la liberté d'expression; sans doute l'un des meilleurs étalons de comparaison à cet égard en raison de la très large (et subjective) définition des « actes expressifs » pouvant bénéficier, *prima facie*, de la protection offerte par ce droit fondamental au Canada¹⁴. En effet, la très large portée conférée à l'expression en tant qu'objet de protection des *lois sur les droits fondamentaux* fut modulée (ou affaiblie) par l'établissement d'un spectre d'intensité permettant aux tribunaux¹⁵ de qualifier l'ensemble des formes d'expressions protégées par les *lois sur les droits fondamentaux* en fonction de deux pôles opposés : celles méritant la plus grande protection de ces mêmes *lois* d'un côté (par exemple, l'expression de nature politique ou artistique), et celles, « socialement indésirables », n'en méritant pratiquement aucune de l'autre (par exemple, l'expression de nature diffamatoire ou haineuse)¹⁶.

En résumé, il ressort donc de l'analyse des portées qui furent respectivement conférées à chacun des droits et libertés fondamentaux protégés en droit canadien que, alors que les tribunaux se permettent d'affirmer que certains actes particuliers ne méritent pas la « protection maximale » offerte par les *lois sur les droits fondamentaux* lors de litige impliquant d'autres droits et libertés fondamentaux, ils refusent de le faire lorsqu'il s'agit de litige impliquant les dispositions protégeant les convictions religieuses. Un tel état de fait se trouve à notre avis parfaitement illustré par la définition que la Cour suprême du Canada fournit du *kirpan* dans l'arrêt *Multani*, le désignant non pas « objectivement » comme une petite dague (ou un poignard) ayant (aussi) une signification religieuse importante pour les adeptes de la religion sikhe, mais plutôt carrément comme : « un objet religieux qui ressemble à un poignard et doit être fait de métal »¹⁷.

¹⁴ « Une activité humaine sera réputée expressive, et donc protégée [en vertu de la liberté d'expression], si elle *transmet ou tente de transmettre une signification*. » : C. BRUNELLE, *loc. cit.*, note 2, à la page 50 (en référence à la page 969 de l'arrêt *Irwin Toy, id.*).

¹⁵ Et donc incidemment, aux gestionnaires chargés de prendre des décisions qui pourraient avoir pour effet de limiter le très large éventail « d'actes expressifs » pouvant bénéficier, *prima facie*, de la protection de la liberté d'expression.

¹⁶ Voir notamment à cet égard les arrêts : *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439; *R. c. Keegstra*, précité, note 13 et *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45.

¹⁷ *Multani*, précité, note 7, parag. 3. Personnellement, nous sommes convaincus que la stricte reconnaissance de la dangerosité inhérente du kirpan (en tant qu'arme blanche) au stade initial de l'analyse aurait malgré tout permis à la Cour suprême d'en venir à la même conclusion (soit celle d'octroyer, en guise d'accommodement religieux, le droit du jeune sikh de porter le kirpan à l'école primaire en autant qu'il respecte en tout temps une importante série de conditions) tout en évitant que les médias ne focalisent leur attention principalement sur l'autorisation de porter une « arme blanche » à l'intérieur d'une école pour des motifs religieux. Le fait de reconnaître la dangerosité objective d'un symbole religieux ou culturel mais de choisir d'encadrer strictement son intégration dans une école primaire publique québécoise en raison de l'importance des dispositions protégeant les convictions religieuses nous semblerait en effet beaucoup plus facile à accepter socialement que le raisonnement qui fut suivi par la Cour suprême, niant carrément toute dangerosité (fut-elle objective) inhérente au kirpan.

2.2. Justification des atteintes et accommodements : importantes lacunes des actuelles balises jurisprudentielles quant à la gestion d'une catégorie importante de convictions religieuses préjudiciables

Plusieurs des motifs en vertu desquels il est possible d'alléguer qu'un acte ou une mesure donnée porte atteinte au droit à l'égalité (ou est « discriminatoire ») impliquent un potentiel de conflit assez important avec certains aspects de plusieurs dogmes religieux collectifs, notamment l'égalité entre les hommes et les femmes¹⁸ ou encore entre individus d'orientation sexuelle¹⁹ ou d'appartenance religieuse²⁰ différentes. De l'avis de plusieurs auteurs, ce type particulier de règles religieuses (et l'ensemble de convictions religieuses individuelles qui en sont le produit) se trouve au cœur des différentes polémiques entourant la gestion (selon un modèle plus ou moins ouvert) du pluralisme religieux au sein des différents États occidentaux²¹.

¹⁸ Le fort risque de conflit inhérent à certains aspects de ces deux grands objets de protection consacrés par les *lois sur les droits fondamentaux* a effectivement été au cœur d'une pléthore d'études et analyses juridico-politiques de toutes sortes, dont notamment (pour le Québec et le Canada): CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Droit à l'égalité entre les femmes et les hommes et liberté religieuse*, Québec, Conseil du statut de la femme, 2007; Pierre BOSSET, « Accommodement raisonnable et égalité des sexes : tensions, contradictions et interdépendance », dans P. EID et al. (dir.), *op. cit.*, note 9, p. 181, aux pages 181-185; Paul EID, *Les accommodements raisonnables en matière religieuse et les droits des femmes : la cohabitation est-elle possible?*, Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2006; Paul EID, « Accommoder la différence religieuse dans les limites du raisonnable : regards croisés du droit et des sciences sociales », dans M. JÉZÉQUEL (dir.), *op. cit.*, note 9, p. 105, aux pages 122-125; Louis-Philippe LAMPRON, « Convictions religieuses individuelles versus égalité entre les sexes: ambiguïtés du droit québécois et canadien », dans P. EID et al. (dir.), *op. cit.*, note 9, p. 207 et Natasha BAKHT, *Arbitrage, religion et droit de la famille : la privatisation du droit au détriment des femmes*, Ottawa, Association nationale Femmes et Droit, 2005.

¹⁹ Comme en témoigne la trame factuelle sous-tendant différents arrêts et décisions de principes rendu(e)s au Canada sur de tels « conflits de droits », les comportements homosexuels sont très souvent proscrits par plusieurs (voire la plupart) des dogmes religieux dits « traditionnels » : *Université Trinity Western c. College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772 [ci-après l'arrêt *Trinity Western*]; *Renvoi relatif au mariage entre conjoints de même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698; *Association A.D.G.Q. c. Commission des écoles catholiques de Montréal*, (1980) C.S. 93; *Ontario (Human Rights Commission) c. Brockie*, (2003) 222 D.L.R. (4th) 174 (C.S. Ont.); *Québec (C.D.P.D.J) c. Martin*, (1997) 33 C.H.H.R. D/487 (T.D.P.). Dans le même sens, voir également : Hilary M. G. PATERSON, « The Justifiability of biblically based discrimination : can private Christian schools legally refuse to employ gay teachers? », (2001) 59 *U.T. Fac. L. Rev.* 59.

²⁰ Il est en effet notoire que la plupart des dogmes religieux reposent sur une interprétation très « exclusive » de la « vérité religieuse », exclusivité menant à des rapports interconfessionnels variant entre l'indifférence et l'inimitié à l'égard des individus n'adhérant pas au dogme religieux en question (en passant, évidemment, par le *prosélytisme* qu'on peut définir comme l'ensemble des démarches et actions visant à convaincre les non-croyants d'adhérer à un dogme religieux particulier). Cette nature « exclusive » des différents dogmes religieux a par ailleurs été spécifiquement reconnue par l'ensemble des dispositions permettant aux institutions religieuses de ne s'adjoindre que des individus adhérents à l'ensemble des préceptes religieux sur la base desquels ces mêmes institutions ont été mises sur pied (dispositions législatives incluant notamment, l'article 20 de la *Charte québécoise*).

²¹ Voir notamment sur cette question : Bernard STASI, *Laïcité et République*, Paris, La Documentation Française, 2004; Will KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle : une théorie libérale du droit des minorités* [traduit de l'anglais par Patrick Savidan], Montréal, Boréal, 2001, pp. 217-244; Luc BÉGIN, « Enjeux identitaires et droits : l'affaire des tribunaux islamiques », dans M. JÉZÉQUEL (dir.), précité, note 9, p. 171, aux pages 181-185; Guillaume GARRETA, « Du pluralisme ontologique au pluralisme épistémique : genèse et transformations du *pluralisme culturel* », dans Stéphane VIBERT (dir.),

Les *convictions religieuses objectivement discriminatoires* constituent donc une sous-catégorie du plus large ensemble des *convictions religieuses préjudiciables*, sous-catégorie comprenant les convictions religieuses dont la nature même implique ou repose sur une distinction, exclusion ou préférence fondée sur un motif protégé par une des dispositions protégeant le droit à l'égalité au sein des lois sur les droits fondamentaux canadiennes. Ainsi, indépendamment des modulations qui pourraient résulter d'une interprétation des différentes règles religieuses à la lumière du fonctionnement (collectif) de la congrégation ou communauté religieuse auxquelles elles sont liées, les convictions religieuses sous-tendant l'octroi du *get* juif (qui sous-tend une prérogative réservée aux seuls ex-maris)²²; proscrivant les comportements homosexuels²³; ou plus largement les contacts avec des individus du sexe opposé²⁴ ou d'autres religions constitueront, selon notre définition, des *convictions religieuses objectivement discriminatoires*.

Or, contrairement à d'autres types de *convictions religieuses préjudiciables* (notamment celles impliquant un risque d'atteinte - ou une atteinte avérée - à l'intégrité corporelle ou psychologique d'un autre individu ou à la « sécurité publique » au sens large²⁵), il nous semble que la nature particulière de plusieurs des *convictions religieuses objectivement discriminatoires* est fort difficile à prendre en considération par l'entremise de la portée qui a actuellement été conférée à la seule « balise limitative » pertinente pour décider de la « raisonnable » d'un accommodement culturel ou religieux, soit celle de « l'atteinte réelle aux droits d'autres individus »²⁶. Cette balise, pour l'instant, a été interprétée d'une manière purement individualiste

Pluralisme et démocratie, Montréal, Québec Amériques, 2007, p. 61, aux pages 80-83; Stéphane VIBERT, « Sociétés pluralistes ou pluralisme des sociétés? De deux types irréductibles et potentiellement contradictoires de *pluralisme culturel* », dans S. VIBERT (dir.), *id. (même note)*, p. 211, aux pages 217-225.

²² « Le *get* est un divorce juif. Seul l'époux peut l'accorder. L'épouse ne peut obtenir le *get* que si son époux consent à l'accorder. Selon la loi juive, il le fait en « libérant » son épouse du mariage et en l'autorisant à se remarier. Le processus se déroule devant trois rabbins, devant ce qu'on appelle un *beth din* ou tribunal rabbinique.

L'époux doit accorder volontairement le *get*, et l'épouse doit accepter de le recevoir. Si le premier ne l'accorde pas, la seconde est sans recours religieux; elle conserve le statut d'épouse et ne peut se remarier jusqu'à ce que l'époux décide, à son entière discrétion, de divorcer. Elle est considérée comme une *agunah* — une « femme enchaînée ». Tout enfant né d'un remariage civil serait considéré comme « illégitime » selon la loi juive. » : *Braker c. Marcovitz*, [2007] 3 R.C.S. 607, parag. 3 et 4. Sur la qualification de cette conviction religieuse particulière, voir notamment ce que nous affirmions à : Louis-Philippe LAMPRON, « La résolution du conflit entre la liberté religieuse et l'égalité des hommes et des femmes : occasion manquée ou manœuvre d'évitement réussie? », dans Louise LANGEVIN, Louis-Philippe LAMPRON, Christelle LANDHEER-CIESLAK, Alain PRUJINER et Patrick TAILLON, « L'affaire *Braker c. Marcovitz* : variations sur un thème », (2008) 49 *C. de D.* 655, 678.

²³ *University Trinity Western*, précité, note 19.

²⁴ Voir notamment la conviction religieuse dont il était question dans : CDPDJ, *Commentaires sur la politiques d'accommodement appliquée par la société de l'assurance-automobile du Québec lors de l'évaluation de conduite*, Québec, CDPDJ, Janvier 2009.

²⁵ Le motif de la sécurité constitue le cœur de l'analyse ayant permis à une majorité de cinq juges de la Cour suprême du Canada de conclure que les convictions religieuses individuelles des membres d'un petit groupe religieux situé en Alberta (les Huttérites) ne pouvaient fonder l'octroi d'un « accommodement » à la règle générale imposant à tous les titulaires d'un permis de conduire albertain de se faire prendre en photo dans le but de reproduire cette même photographie sur les permis de conduire : *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567.

²⁶ Voir notamment à cet égard : *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3, parag. 62 et 63 ainsi que *Multani*, précité, note 7, parag. 133 (jj. Deschamps et Abella, dissidents).

par les tribunaux canadiens, lesquels s'évertuent donc à vérifier si la trame factuelle sous-tendant le litige dont ils ont été saisi permet de conclure que l'expression de la conviction religieuse individuelle concernée a causé, concrètement, une atteinte effective aux droits ou libertés fondamentaux d'un (ou plusieurs) autres individu(s). Comme le résume fort habilement le professeur Pierre Bosset, de l'Université du Québec à Montréal :

« Lorsqu'on aborde une situation où deux droits semblent être en conflit, l'analyse du contexte factuel – l'exercice d'un droit par une personne porte-t-il atteinte à l'exercice d'un autre droit par une autre personne – doit être la première question à se poser. En ce qui concerne la problématique qui nous intéresse [soit celle où les convictions religieuses individuelles peuvent porter atteinte à un autre droit ou liberté fondamentale], la question est, en somme, de savoir si l'exercice de la liberté religieuse porte réellement atteinte à un autre droit protégé par la Charte québécoise, ce droit pouvant relever de la catégorie des libertés et droits fondamentaux, du droit à l'égalité, des droits politiques, des droits judiciaires ou encore, des droits économiques et sociaux. L'absence d'une telle atteinte fera conclure à une situation de simple tension où la médiation du droit n'est pas requise. » [nos soulignés]²⁷

Si cette interprétation individualiste est si problématique dans les cas spécifiques où le litige judiciaire concerne l'exercice d'une *conviction religieuse objectivement discriminatoire*, c'est qu'elle se trouve à empêcher la prise en considération du « principe » de l'égalité entre individus de sexe ou d'orientation sexuelle différent(e) qui est souvent le seul élément dont la « violation » peut être démontrée par l'émetteur d'un acte ou mesure dont la validité (quasi-)constitutionnelle est contesté(e) au nom d'une telle conviction religieuse.

Les difficultés pratiques découlant de cette problématique particulière nous semblent être parfaitement illustrées par un récent avis de la CDPDJ sur une pratique d'accommodement religieux ayant cours à la S.A.A.Q., avis qui a sans doute constitué un des – sinon le – premier(s) événement(s) à l'origine de ce qui peut maintenant être considéré comme la seconde « crise » des accommodements au Québec depuis 2006.

Le 30 janvier 2009 dernier, la CDPDJ confirma donc la validité d'une pratique adoptée par la S.A.A.Q. en vertu de laquelle cette institution acceptait d'accommoder les individus qui, sur la foi de convictions religieuses sincères, refusaient d'être évalués par des individus de sexe opposé lors du test pratique préalable à l'obtention du permis de conduire québécois²⁸. De manière tout à

²⁷ Pierre BOSSET, *loc. cit.*, note 18, aux pages 198-199.

²⁸ « Selon le document transmis par la SAAQ, dans le cas d'une demande d'accommodement raisonnable de ne pas se trouver seul en présence d'une personne du sexe opposé fondée sur un motif religieux lors d'un examen pratique d'évaluation de conduite, on ne doit pas acquiescer à la demande que le conjoint ou qu'une autre personne soit présente dans le véhicule. On peut y lire ce qui suit :

« Exemple : Un centre de service n'a pas à accepter que l'époux d'une femme musulmane accompagne celle-ci dans l'auto lors de l'examen pratique. La règle voulant qu'il n'y ait pas de tierce personne dans l'auto est reliée à la sécurité et on ne peut ni ne doit y contrevenir. On parle donc ici d'une contrainte reliée à la sécurité.

Toutefois, on proposera d'accommoder ces clients en permettant à la dame de passer l'examen pratique avec une évaluatrice plutôt qu'un évaluateur masculin si une évaluatrice se trouve alors à être disponible. Sinon, un rendez-vous d'accommodement pourra être donné pour plus tard puisque

fait conforme avec l'interprétation actuelle qui a cours en droit canadien quant à la « balise limitative » de l'atteinte aux droits d'autrui, le raisonnement sur lequel se fonde la CDPDJ pour conclure que l'accommodement de cette *conviction religieuse objectivement discriminatoire* est conforme à la *Charte québécoise* repose presque exclusivement sur l'existence d'un « filtre institutionnel » entre le demandeur de l'accommodement religieux en question et le fonctionnaire qui, effectivement, sera touché par le respect de cette demande²⁹.

Autrement formulé : puisque le demandeur d'accommodement formulait sa requête à un commis (à la réception) et que celui-ci était responsable de l'attribution subséquente des « clients » aux différents évaluateurs devant faire passer les examens de conduite, les évaluateurs « disqualifiés » en vertu de leur sexe ne pouvaient pas, dans les faits, démontrer que l'accommodement de telles convictions religieuses violait « réellement » leur droit à l'égalité en vertu de l'article 10 de la *Charte québécoise* puisque : 1) ils n'avaient pas à être informés de cette demande; et 2) que leur charge de travail n'avait, dans les faits, pas été allégée ou diminuée d'une quelconque manière³⁰.

le centre n'est pas tenu de déplacer d'autres clients ni de chambarder tout l'horaire des examens pour accéder sur-le-champ à une telle demande lorsque ce n'est pas possible.

L'accommodement raisonnable ne s'applique donc pas lorsque la demande vient contredire un autre droit, par exemple le droit à l'égalité des sexes, l'atteinte à l'ordre public ou à la sécurité des lieux et des personnes. »

Selon cette politique, l'accommodement proposé est de tenter de satisfaire la demande de la clientèle sans pour autant porter atteinte aux règles de sécurité ou au droit à l'égalité entre les femmes et les hommes. » CDPDJ, *op. cit.*, note 24, p. 1.

²⁹ Voir *id.*, pp. 1-2.

³⁰ « Par ailleurs, un effet préjudiciable sur les employés ou un conflit de droits pourrait constituer une contrainte excessive si l'accommodement offert avait pour effet de porter atteinte aux droits des salariés. Cependant, comme nous avons pu le constater dans un centre de service, les salariés ne semblent pas subir de préjudices, que ce soit en terme de conditions de travail ou en terme de droit à l'égalité.

Dans un premier temps, la mesure d'accommodement offerte ne semble pas avoir d'effet sur l'organisation du travail. Le nombre d'évaluateur est suffisamment important pour que la mise en attente d'un dossier sur plusieurs centaines ait un impact quelconque sur l'organisation.

Dans un deuxième temps, l'approche préconisée par la SAAQ ne semble pas avoir d'effet préjudiciable sur le droit des employés à des conditions de travail exemptes de discrimination¹⁹. En effet, les évaluateurs et évaluatrices ne sont pas appelés à effectuer plus d'évaluations ni devoir en faire moins dans une journée en raison d'une demande d'accommodement. De plus, n'ayant pas de dossiers assignés à l'avance, cette approche fait en sorte que les évaluateurs ne se voient pas retirer de dossiers pré assignés.

Finalement, la SAAQ ne prévoit pas une quelconque forme de sexualisation de ses postes afin de répondre à ces demandes d'accommodement. Si cela devait être considéré comme une option par la SAAQ, la démonstration du recours à une telle mesure devrait être extrêmement rigoureuse. En effet, dans les litiges relatifs à la sexualisation des postes de préposés aux bénéficiaires dans des établissements de santé, les tribunaux se sont montrés très exigeants quant au niveau de preuve requis pour justifier le recours à une mesure aussi exceptionnelle [référence à la décision *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Hôpital général juif Sir Mortimer B. Davis*, 2007 QCTDP 29] » [nos soulignés] : *Id.*, p. 7.

3. MODIFIER LES RÈGLES DU JEU EN MATIÈRE D'ACCOMMODEMENTS CULTURELS ET RELIGIEUX : QUELQUES PISTES DE SOLUTION ENVISAGEABLES

Qu'il choisisse d'aller de l'avant avec l'adoption du projet de loi tel qu'il est libellé ou décide plutôt de modifier ce dernier de manière à s'attaquer de front à la problématique des *convictions religieuses préjudiciables*, il nous apparaît clair que toute tentative législative sérieuse visant à infléchir l'état actuel du droit en matière d'octroi d'accommodements culturels et religieux implique nécessairement que les modifications proposées soient intégrées au sein même de la *Charte québécoise*. La nature quasi-constitutionnelle de la *Charte québécoise* ayant pour effet de lui conférer un statut supralégislatif par rapport à l'ensemble des autres lois québécoises³¹, il nous semble pour le moins paradoxal de soumettre expressément une loi dont le libellé affirme pourtant qu'elle fixe des « balises encadrant les demandes d'accommodement dans l'Administration gouvernementale » à la suprématie législative de la *Charte québécoise*³². La non-intégration des modifications législatives proposées au sein de la *Charte québécoise* annule pour ainsi dire toute possibilité d'infléchissement réel de l'actuel état du droit en matière d'octroi d'accommodements raisonnables culturels et religieux, ces derniers obéissant à l'interprétation actuelle des articles 10 et 20 de la *Charte québécoise*.

Dans le même ordre d'idées, le législateur québécois doit également prendre en considération que la plupart des organismes public auxquels il entend que s'applique le projet de loi no. 94 sont également soumis au respect de la *Charte canadienne*, laquelle protège aussi la liberté de religion des individus ainsi que leur droit de ne pas être victime de discrimination en vertu de leurs convictions religieuses. En conséquence, toute modification législative visant à infléchir les critères jurisprudentiels actuellement applicables en matière d'octroi d'accommodements culturels ou religieux demeure soumise au risque d'une totale ineffectivité si la Cour suprême du Canada devait juger que cette modification était incompatible avec une (ou plusieurs) disposition(s) de la *Charte canadienne*.

Ceci étant dit, il nous semble que les différentes options offertes au législateur québécois comprennent principalement : (3.1.) l'intégration d'une (ou) plusieurs dispositions interprétatives au sein de la *Charte québécoise*; et (3.2.) l'intégration d'une clause dérogatoire limitée aux articles 2 a) et au motif de la « religion » protégé en vertu de l'article 15 de la *Charte canadienne*, conformément à l'article 33 de cette même *Charte*.

³¹ Nature quasi-constitutionnelle qui a été conférée à l'ensemble des lois provinciales visant à protéger les droits et libertés fondamentaux par la Cour suprême dans l'arrêt *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150, et clairement reconnue à la *Charte québécoise* par cette même Cour dans l'arrêt : *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345.

³² Ce qui ressort clairement du libellé actuel de l'article 4 du projet de loi no. 94.

3.1. *Intégration de dispositions interprétatives au sein de la Charte québécoise*

S'il entend infléchir le cours de la jurisprudence actuelle en matière d'octroi d'accommodements religieux et culturels en vertu de la *Charte québécoise*, le législateur nous semble nécessairement devoir modifier cette même loi quasi-constitutionnelle d'une manière qui forcerait les tribunaux responsables de sa mise en application à modifier les règles et balises constituant actuellement l'état du droit en la matière. Deux grandes manières de faire nous apparaîtraient envisageables pour ce faire :

A) Rajout aux dispositions justificatives de la *Charte québécoise*

Les articles 9.1 et 20 de la *Charte québécoise* sont les deux grandes dispositions auxquelles il importe de référer lorsqu'il est question de justification d'atteintes aux droits et libertés fondamentaux protégés par cette même *Charte*.

Le législateur pourrait donc très bien intégrer à la *Charte québécoise* un article interprétatif similaire à l'article 5 de l'actuel projet de loi no. 94 (qui se trouve *grosso modo* à codifier les actuelles balises jurisprudentielles régissant l'octroi d'accommodements raisonnables) et préciser que la balise des « effets sur [...] les droits d'autrui » ne se limite pas aux cas « d'atteintes réelles » aux droits fondamentaux d'individus en particulier.

Cette disposition interprétative pourrait prendre la forme suivante :

« L'interprétation des articles 9.1 et 20 de la présente Charte ne peut permettre d'accommodement raisonnable en cas de violation à un droit ou une liberté fondamental(e) que si ce même accommodement n'impose aucune contrainte excessive à l'auteur de la violation.

L'évaluation de ce qui constitue ou non une « contrainte excessive » pour l'auteur d'une violation à un droit ou une liberté fondamental(e) doit notamment prendre en considération les coûts rattachés à la mesure d'accommodement, ses effets sur le bon fonctionnement de l'institution concernée et les conflits potentiels avec les droits d'autrui ou plus largement, avec les principes sous-tendus par d'autres droits et libertés fondamentaux consacrés par la présente Charte. »

L'avantage d'une pareille approche est que, sans établir de hiérarchie formelle entre certains droits et libertés fondamentaux (voir notre suggestion en B), elle fournirait expressément aux décideurs québécois la possibilité de prendre en considération la nature particulières des *convictions religieuses objectivement discriminatoires* lors de l'évaluation de certaines demandes d'accommodement et, dans certains cas, de refuser l'accommodement en raison d'un conflit avec le droit à l'égalité sans qu'il ne soit nécessaire de démontrer une atteinte « réelle » au droit à l'égalité d'un individu en particulier.

B) Établissement d'une hiérarchie formelle favorisant certains motifs protégés par le droit à l'égalité par rapport à l'expression de convictions religieuses individuelles

D'entrée de jeu, précisons que cette voie nous semble plus difficilement empruntable, principalement en raison des très grandes difficultés liées au simple fait de « choisir » les droits et libertés qui doivent avoir un statut prépondérant par rapport à d'autres droits et libertés et aux résultats inattendus – et potentiellement indésirables – auxquels pourraient mener l'établissement législatif d'une telle hiérarchie formelle.

Pour autant, si le législateur décidait de se lancer dans cette voie, il devrait clairement procéder d'une manière plus contraignante (et large) que ce qui ressort de l'actuelle mouture de l'article 50.1 de la *Charte québécoise*. En effet, considérant la très faible portée jurisprudentielle qui fut faite de l'article 28 de la *Charte canadienne* jusqu'à ce jour³³ et le fait que l'article 50.1 de la *Charte québécoise* ne reprend qu'une partie de ce même article 28, il nous semble évident que la récente intégration de l'article 50.1 à la *Charte québécoise* n'était pas suffisante, en soi, pour changer quoi que ce soit aux règles générales régissant l'octroi d'accommodements religieux et culturels en vertu de la *Charte québécoise*.

Qui plus est, alors que la problématique de l'appréhension des *convictions religieuses objectivement discriminatoires* vise un éventail de motifs plus large que celui du sexe des individus (notamment l'orientation sexuelle), la portée d'une disposition qui viserait à résoudre la problématique décrite dans le présent mémoire par l'établissement d'une hiérarchie de droits devrait à notre avis être élargie à d'autres motifs de discrimination si le législateur entend infléchir significativement l'état actuel du droit en la matière de manière.

3.2. Intégration d'une clause dérogatoire limitée aux dispositions protégeant les convictions religieuses en vertu de la Charte canadienne

S'il entend changer les règles du jeu de manière effective en ce qui concerne l'octroi d'accommodements culturels et religieux sur le territoire québécois, le législateur québécois ne peut, à notre avis, faire l'économie d'une dérogation aux dispositions protégeant les convictions religieuses au sein de la *Charte canadienne* (en vertu de l'article 33 de cette même *Charte*).

En effet, au Québec, le droit à la liberté de religion et celui de ne pas subir de discrimination en vertu de ses convictions religieuses sont protégés à la fois par la *Charte canadienne* et la *Charte québécoise*, toutes deux applicables à « l'action gouvernementale » au sens entendu par l'article 32 de la *Charte canadienne*³⁴. Or, le statut constitutionnel de la *Charte canadienne* a

³³ Voir à cet égard ce que nous écrivions dans : L.-P. LAMPRON, *loc. cit.*, note 18, aux pages 227-230.

³⁴ *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624. La *Charte québécoise* est applicable à l'ensemble de l'activité publique québécoise (articles 54 et 55 de cette même *Charte*) et

actuellement pour effet de réduire au statut de simple « doublons » les droits et libertés qui sont également protégés par la *Charte québécoise* et, ce faisant, de court-circuiter toute possibilité effective de soustraire l'action gouvernementale québécoise à l'application des règles actuelles en matière d'octroi des accommodements culturels et religieux, qui demeureront en vigueur en vertu des articles 2a) et 15 de la *Charte canadienne*.

Pour cette raison, le législateur québécois devrait à notre avis accompagner toute modification législative substantielle aux balises encadrant les accommodements culturels et religieux d'une dérogation expresse aux articles 2 a) et au motif de la « religion » protégé par l'article 15 de la *Charte canadienne*.

Une telle dérogation ne pourrait en aucun cas être considérée comme une suppression des recours liés aux dispositions protégeant les convictions religieuses des individus au Québec, puisque ces mêmes recours *supralégislatifs* demeureraient possibles par l'entremise des articles 3 et 10 de la *Charte québécoise*. De surcroît, le fait de rendre « autonomes » les dispositions protégeant les convictions religieuses au sein de la *Charte québécoise* permettrait également que les tribunaux québécois - et la Cour suprême du Canada - réévalue l'entière des principes établis en matière de protection des convictions religieuses sans prendre en considération l'article 27 de la *Charte canadienne* qui, en tant que simple disposition interprétative, demeure liée aux droits et libertés de cette même texte constitutionnel.

donc, plus restrictivement, aux organismes publics qui québécois qui sont (ou peuvent être) considérés comme « gouvernementaux » au sens de l'article 32 de la *Charte canadienne*.