DEUX ERREURS EN RELATION AVEC LE RESPECT DES DROITS RELIGIEUX : DRESSER UN MUR ENTRE LA RELIGION ET L'ÉTHIQUE/LA MORALE ET TRAITER TOUS LES TYPES D'EMPLOYEURS RELIGIEUX DE LA MÊME FAÇON

Avocat associé principal, au cabinet Miller Thomson, LLP, **Iain T. Benson*** exerce dans les domaines suivants : administration, examen juridique (travail et droits de la personne), droit constitutionnel et sujets juridiques et médicaux. Il se spécialise dans la prestation de conseils dans le domaine des droits et libertés et s'intéresse particulièrement au droit constitutionnel et à la *Charte canadienne des droits et libertés.* Il est chargé de recherches au Chester Ronning Centre for the Study of Religion and Public Life de l'Université de l'Alberta et siège au conseil fondateur (de 12) et au comité directeur (de 4) du Global Centre for Pluralism, un projet conjoint du gouvernement du canada et de l'Aga Khan Development Network, établi à Ottawa, qu'il sert en compagnie, entre autres, de Son Honneur l'Aga Khan (président), Kofi Annan et Son Excellence, la très honorable Adrienne Clarkson (ancienne Gouverneure générale du Canada). Il a également été nommé professeur extraordinaire, département de droit constitutionnel et de philosophie du droit, faculté de droit, Université de l'État libre, Bloemfontein, Afrique du Sud.

RÉSUMÉ

Cet article propose que la « croyance » et la religion doivent être interprétées comme étant quelque chose qui étaye ce qu'une personne rend public et que cela inclut nécessairement des croyances qui peuvent influencer (et le font souvent) la « moralité et l'éthique » et même la « politique ». Deuxièmement, la religion peut être diminuée, car au regard des employeurs religieux, on n'a pas suffisamment prêté attention au *type de projet religieux* qui est en cause lorsqu'un employé conteste les règles religieuses de l'employeur. L'accent a, dans quelques cas, été mis sur la nature des *fonctions du poste* plutôt que sur la nature de l'association religieuse ou du projet lui-même.

Cet article examine deux questions importantes concernant la façon dont nous considérons la définition de la « croyance » ou de la « religion » et la façon dont nous traitons un organisme qui souhaite masquer son comportement discriminatoire en ayant recours à l'exemption pour emploi particulier prévue à l'article 24 du *Code*.

La religion peut recevoir (et a reçu) une interprétation atténuée de sorte qu'elle est restreinte de manières inappropriées à la nature du droit public (et non simplement privé) et associatif (et non simplement individuel). Cet article propose premièrement que la « croyance » et la religion doivent être interprétées comme étant quelque chose qui étaye ce qu'une personne rend public et que cela inclut nécessairement des croyances qui peuvent influencer (et le font souvent) la « moralité et l'éthique » et même la « politique ».

Deuxièmement, la religion peut être diminuée, car au regard des employeurs religieux, on n'a pas suffisamment prêté attention au *type de projet religieux* qui est en cause lorsqu'un employé conteste les règles religieuses de l'employeur. L'accent a, dans quelques cas, été mis sur la nature des *fonctions du poste* plutôt que sur la nature de l'association religieuse ou du projet lui-même. Il y a

différents types d'employeurs religieux et c'est une erreur de les traiter de la même façon lorsqu'on examine si les fonctions du poste sont considérées comme étant « essentielles » ou « incidentes » au projet religieux lui-même. On devrait focaliser non pas le *type de travail* accompli par le projet religieux, mais plutôt le *type de projet religieux* concerné.

ATTÉNUER L'INTERPRÉTATION DE LA CROYANCE EN EXCLUANT LES CONVICTIONS ÉTHIQUES, MORALES OU POLITIQUES FONDÉES SUR LA RELIGION

Le document sur la croyance de la Commission ontarienne des droits de la personne[1] renferme une définition positive et une qualification négative.

Du côté positif, le document énonce ce qui suit :

> *« On entend par croyance une « croyance religieuse » ou une « religion », ce qui est défini par un système reconnu et une confession de foi, comprenant à la fois des convictions et des observances ou un culte. »* Le terme « croyance » est défini de façon subjective. Le *Code* protège les convictions, pratiques et observances religieuses personnelles, même si elles ne sont pas un élément essentiel de la croyance, pourvu qu'elles soient entretenues de façon sincère (en italique dans l'original).

Du côté négatif, le document affirme que :

> *« Le terme croyance ne comprend pas les convictions profanes, morales ou éthiques ni les convictions politiques. »*

La raison d'être de la protection est la suivante :

> […] chaque personne a le droit de vivre à l'abri de la discrimination ou du harcèlement fondé sur sa religion ou sur le fait qu'elle ne partage pas la religion de la personne qui la harcèle. Ce principe s'applique également lorsque les personnes visées par le comportement discriminatoire n'ont aucune conviction religieuse, y compris les personnes athées ou agnostiques, qui elles aussi bénéficient de la protection définie dans le *Code*.

Le document sur la croyance est antérieur aux décisions de la Cour suprême du Canada dans le domaine de l'adaptation et de la religion comme *Chamberlain*[2], *Amselem*[3] et *Multani*[4]. Il devra être mis à jour et révisé en profondeur lorsque ces décisions seront considérées d'une manière plus large pour accorder plus de respect à la nature de la croyance religieuse et des projets religieux dans la société.

On se souviendra que la *Charte canadienne des droits et libertés* (1982) renferme un principe interprétatif obligatoire énonçant ce qui suit :

> **Article 27 :** Toute interprétation de la présente *Charte* doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens[5].

La diversité est un principe qui a été reconnu comme étant important pour la société canadienne et elle est souvent reconnue en vertu du principe d'acceptation qui fait partie « des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique ». La phrase « une société libre et démocratique » est un des concepts fondamentaux selon lesquels toutes les restrictions de la *Charte des droits et libertés* sont mesurées dans l'article 1 de la *Charte*. Ce lien entre l'adaptation et la diversité est mis en valeur dans le passage suivant de la décision de la Cour suprême du Canada *R. c. Oakes* où le juge en chef Dickson a discuté de la « norme fondamentale » de l'article 1 comme suit :

> L'inclusion de ces mots [société libre et démocratique] à titre de norme finale de justification de la restriction des droits et libertés rappelle aux tribunaux l'objet même de l'enchâssement de la *Charte* dans la Constitution : la société canadienne doit être libre et démocratique. Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, *l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société.* Les valeurs et les principes sous jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer[6].

On constate d'après ce qui précède que l'acceptation « d'une grande diversité de croyances » et le respect de « chaque culture et de chaque groupe », évoquant tous deux une reconnaissance solide de la place des associations (y compris des associations religieuses) et de la diversité, a été au cœur de l'interprétation canadienne de notre société libre et démocratique.

L'utilisation particulière du terme « profane » dans le document sur la croyance et l'exclusion des convictions éthiques et morales de la religion, rejetée par la Cour suprême du Canada dans la cause *Chamberlain*, contredisent directement la politique actuelle sur la croyance.

Dans la cause *Trinity Western University*, on a déclaré ce qui suit au nom de la majorité de huit juges :

> La diversité de la société canadienne se reflète en partie dans les multiples organisations religieuses qui caractérisent le paysage social et il y a lieu de respecter cette diversité d'opinions[7].

Dans un passage célèbre et souvent cité, le juge en chef Dickson a déclaré dans la première décision de la Cour suprême du Canada traitant de la liberté de conscience et de religion dans le paragraphe 2 a) de la *Charte* :

> 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*[8].

Ainsi, le droit de mettre en pratique ses croyances religieuses, de les enseigner et de les propager est reconnu comme un aspect important de la liberté de religion. La manifestation des *croyances* et des *pratiques* religieuses inclut nécessairement la mise en pratique de convictions éthiques et morales fondées sur la religion, sinon la religion est pratiquement dépourvue de pertinence puisque ce sont l'éthique et la morale qui sont le résultat pratique de nombreuses croyances religieuses (par exemple, le pacifisme, la promotion de l'avancement social ou l'opposition à des pratiques comme la peine de mort ou l'avortement). Dans le document sur la croyance, la religion reçoit une interprétation atténuée injustifiée selon laquelle certains considèrent certaines pratiques éthiquement ou moralement moins pertinentes que les pratiques éthiques et morales *découlant* des croyances religieuses.

La religion et les enseignements religieux jouent un rôle culturel important dans la formation de positions éthiques et morales ; toute réflexion sur la montée des mouvements pour la défense des droits civiques ou sur les arguments (au Canada) en faveur d'un système de santé national, tous grandement favorisés par des figures et des mouvements religieux (le pasteur Martin Luther King Jr. ou le pasteur Tommy Douglas et le N.P.D. au Canada), devrait suffire à faire ressortir ce point sans élaborer davantage.

Il est étonnant de constater que la jurisprudence canadienne n'a pas reconnu à ce jour l'importance du rôle des religions dans la formation des croyances éthiques et morales comme on l'a fait ailleurs[9]. Voici un extrait d'un arrêt clé de la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud :

> La relation avec Dieu ou la création est au cœur des activités de nombreux croyants. Elle concerne leur capacité à se situer par rapport à leur sentiment de soi, à leur communauté et à leur univers. À des millions de personnes dans toutes les couches de la société, la religion offre un soutien et une consolation ainsi qu'un cadre de stabilité individuelle et sociale et de croissance. La croyance religieuse a la capacité de donner naissance aux concepts de confiance en soi et de dignité humaine qui sont les pierres angulaires des droits de la personne. Elle influence l'opinion du croyant sur la société et constitue le fondement de la distinction entre le bien et le mal[10].

La distinction entre le bien et le mal est l'essence même de l'éthique et de la moralité. Il faut éviter soigneusement la tendance à « savoir ce qui convient » en regardant de l'extérieur une communauté qui respecte des mœurs et des règles différentes. Une erreur similaire, évidente d'après un récent arrêt de la Cour suprême du Canada concernant la religion, consiste à analyser insuffisamment les principes d'accommodement – en l'occurrence si l'État pourrait utiliser d'autres pièces d'identité[11]. Le maintien d'une ligne de démarcation entre la religion et ses structures extérieures, la « moralité » et l'« éthique », est erroné et devrait être éliminé du document sur la croyance.

CAUSES RELATIVES À L'EMPLOI ET L'EMPLOYEUR RELIGIEUX

La jurisprudence évite souvent de traiter les différents types de projets soulevés dans les affaires relatives à l'« employeur religieux ». Dans certains cas, un accent sur les fonctions du poste de la catégorie de l'« emploi

ordinaire » peut être approprié lorsqu'il n'existe aucune coutume (ou pratique) religieuse générale requise de la part de tous les employés. Dans les cas, cependant, où les employés partagent une pratique religieuse globale (prières, études bibliques, etc.), il est approprié de reconnaître que ces lieux de travail sont imprégnés d'une coutume religieuse globale importante dont le maintien est essentiel à une compréhension plus vaste de la nature de la religion partagée.

Dans le lieu de travail caractérisé par une coutume partagée ou globale il serait inapproprié d'analyser les fonctions du poste pour séparer à des fins de protection seulement les emplois qu'un examen externe a déterminés « suffisamment associés à la religion ». Pour un projet axé sur une coutume partagée, *toutes les fonctions du poste* (du jardinier au chef de la direction) font partie de la mission et de la pratique religieuse de l'employeur religieux de manière à ce qu'elles ne se trouvent pas là où il n'y a pas de telle pratique religieuse partagée. L'application d'un test sur une coutume non généralisée (comme l'a fait dans la cause *Heintz* l'analyse des emplois focalisée sur l'éducation) pour considérer seulement ceux qui enseignent ou convertissent comme étant « religieux » évite de reconnaître et de protéger adéquatement les projets de pratique partagée.

La jurisprudence en relation avec cela émerge et les principes d'un endroit à l'autre sont plutôt contradictoires. Ainsi, la décision en appel de la Cour divisionnaire de l'Ontario dans la cause *Heintz v. Christian Horizons*,[12] bien qu'elle prétendait confirmer la très importante décision dans l'affaire *Caldwell c. Stuart* (où la Cour suprême du Canada a autorisé une école catholique à refuser de réembaucher une enseignante qui avait épousé un homme divorcé dans une cérémonie civile en contravention des enseignements de l'Église), l'a fait d'une façon qui n'a pas traité les principes plus profonds qui étayaient la décision *Caldwell* elle-même. Bref, la cause *Heintz* ne portait pas sur l'éducation, mais *Caldwell* le faisait et il était incorrect d'appliquer des tests éducationnels dans le contexte de la cause *Heintz*.

Les principales parties ont décidé ne pas interjeter appel et, par conséquent, le point n'a pas été mis à l'essai par un tribunal supérieur à celui qui avait limité la décision du tribunal. Si les parties avaient interjeté appel, on aurait pu argumenter que la cour d'appel s'était posée la mauvaise question.

Dans d'autres décisions, la coutume globale de l'institution religieuse a permis à une discrimination fondée sur la religion d'être confirmée[13]. En pratique, cela signifie que la nature de la coutume religieuse de l'employeur pourrait être pertinente si elle était soulevée au moment de l'embauche, constamment renforcée, notamment dans les contrats d'emploi et l'application des règles de travail, et appliquée régulièrement aux procédures disciplinaires portant sur une présumée enfreinte. Lorsque, d'un autre côté, un employeur ne peut satisfaire aux critères d'avis et d'application et démontrer que la coutume religieuse fait vraiment partie du lieu de travail, le recours à une justification de la coutume échouerait.

NOTES

* Professeur extraordinaire, département de droit constitutionnel et de philosophie du droit, faculté de droit, Université de l'État libre, Bloemfontein, Afrique du Sud ; avocat associé principal, Miller Thomson, LLP, Canada. Ph.D. (aspirant), Université du Witwatersrand, Johannesburg. Une partie de cet article pourrait faire partie de la thèse de doctorat. Chargé de recherches, Chester Ronning Centre for the Study of Religion and Public Life, Université de l'Alberta. Les opinions exprimées sont celles de l'auteur et ne peuvent être imputées à sa faculté, à son cabinet ou aux instituts auxquels il est affilié. iainbenson2@gmail.com.

1 Voir : « Politique sur la croyance et les mesures d'adaptation relatives aux observances religieuses » ISBN – 0-7778-6518-1. Approuvé par la Commission le 20 octobre 1996 (tel que révisé) : http://www.ohrc.on.ca/fr/resources/Policies/PolicyCreedAccomodEN ?page=religious-Creed_.html#Heading36. Les notes en fin d'article qui accompagnent ce document ont été omises ici.

2 *Chamberlain c. Surrey School Board No. 36* [2002] 4 R.C.S. 710.

3 *Syndicat Northcrest c. Amselem* [2004] 2 R.C.S. 551.

4 *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys* [2006] 1 R.C.S. 256.

5 Le multiculturalisme au Canada a été adopté à la suite de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, un organisme gouvernemental établi en réponse aux griefs de la minorité francophone du Canada (concentrée au Québec). Le principe, reconnu par l'article 27 de la *Charte*, a été reconnu dans le contexte de la liberté de religion par la Cour suprême du Canada dans la cause *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* [1985] 1 R.C.S. 295. Dans la décision précoce de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Videoflicks Ltd. et al. c. R.* (1984) le tribunal a décrété que si une loi porte atteinte à la liberté de religion, elle ne sert certainement pas à promouvoir le multiculturalisme, car elle affecte « la partie de la culture d'une personne qui est fondée sur la religion. » Le rôle clé de la religion dans la culture (le terme culture n'est pas protégé en soi dans la *Charte* en tant que droit énuméré, contrairement aux constitutions de certains autres pays) est reconnu par la cour constitutionnelle d'Afrique du Sud dans la cause *M.E.C. v. Pillay* 2008 (1) SA 474 (CC).

6 *R. c. Oakes* (1986) 1 R.C.S. 103 par le juge en chef Dickson. C'est nous qui soulignons.

7 *Trinity Western University c. College of Teachers* [2002] 1 R.C.S. 772 à 812.

8 *R.c. Big M Drug Mart Ltd.* [1985] 1 R.C.S. 295 à 336 (c'est nous qui soulignons).

[9] John McLaren fait un commentaire semblable concernant la réticence des tribunaux canadiens à effectuer une analyse plus positive du rôle et de la nature de la religion, affirmant ce qui suit : « […] la religion peut être une expérience enrichissante intellectuellement, une source d'éducation spirituelle, une inspiration pour les questions de justice sociale et un jalon de l'humanisme. » McLaren invite les tribunaux à « […]reconnaître l'importance de la religion dans la vie des individus et des communautés[…] » Voir : « Protecting Confessions of Faith and Securing Equality of Treatment for Religious Minorities in Education » dans Avigail Eisenberg, éd., *Diversity and Equality : The Changing Framework of Freedom in Canada* (Vancouver, UBC Press, 2006) 153-177 à 169 et 173. Voir également un recueil d'articles très utiles, particulièrement ceux de Richard Moon « Introduction » et de David Schneiderman « Associational Rights, Religion and the *Charter* » dans Richard Moon, éd., *Law and Religious Pluralism in Canada* (Vancouver, UBC Press, 2008) à 1-20 et 65-86 respectivement.

[10] *Christian Education South Africa v. Minister of Education* 2000 (4) SA 757 (CC), paragraphe 36 ; mentionné dans l'arrêt au Canada dans la cause *Bruker c. Marcovitz* 2007 R.C.S. 54.

[11] *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony,* 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, (« Hutterian Brethern »), un récent arrêt de la Cour suprême du Canada axé sur la religion, a décrété que les huttérites qui ne croient pas, pour des motifs d'ordre religieux, que leurs photos doivent servir à des fins d'identification, doivent néanmoins respecter une loi provinciale pour des motifs reliés à l'importance pour l'intérêt public de confirmer l'identité sur les permis de conduire. L'arrêt a été très critiqué, car il ne considère pas suffisamment que d'autres méthodes (notamment les empreintes digitales) auraient pu être utilisées aux fins souhaitées par l'État sans ignorer les préoccupations de la communauté religieuse. L'arrêt a été rendu par une faible majorité, trois juges sur sept étant dissidents.

[12] La cause *Heintz v Christian Horizons* (2008) 65 CCEL (3d) 218 (Tribunal des droits de la personne de l'Ontario) infirmée en partie par la Cour divisionnaire de l'Ontario dans la cause *Ontario Human Rights Commission et al. v. Christian Horizons* (2010) 102 O.R. (3e) 267 – 298 (Cour divisionnaire de l'Ontario) (mai 2010) (la décision a infirmé en partie une décision du Tribunal des droits de la personne et décrété que la disposition relative à l'exemption religieuse du *Code des droits de la personne* devrait s'appliquer aux religions qui ne restreignent pas leur travail à leurs adhérents). (Je déclare un intérêt, car j'ai représenté l'Assembly of Catholic Bishops of Ontario qui est intervenue dans cette cause).

[13] Voir, par exemple, *Schroen* v. *Steinbach Bible College* (1999), 35 C.H.R.R. D/1 (Man. Bd. Adj. [D.R. Knight, Q.C.] une cause dans laquelle la nature généralement mennonite du collège biblique a écarté la possibilité d'une revendication réussie par une employée mormone qui a perdu son poste. Un accent sur les fonctions du poste, minimisant la culture globale, aurait pu mener à une conclusion différente. Voir également Alvin Esau qui a contribué à expliquer la nature des règles « internes » et « externes » dans « Living by Different Law : Legal Pluralism, Freedom of Religion, and Illiberal Religious Groups » dans Richard Moon, éd., *Law and Religious Pluralism in Canada* (Vancouver, UBC Press, 2008) 110-139.

UN PEU D'HISTOIRE…

Un professeur prône l'action en justice

« Comme tous les autres, ce préjudice s'effondrera uniquement quand il y aura interaction entre les deux groupes. Ce qu'il faut, c'est changer la relation. Et pour y arriver, on peut et doit faire appel aux lois. »

Source : Professeur Everett W. Bovard, Université de Toronto, tel que cité dans le Globe and Mail, 1er novembre 1954