ENCOURAGER LE FONDAMENTALISME : LE DROIT EN TANT QUE FORCE CULTURELLE DANS LE DOMAINE DE LA RELIGION

Benjamin L. Berger* est professeur agrégé à l'Osgoode Hall Law School. Il a obtenu une maîtrise et un doctorat en droit à l'Université Yale où il a été titulaire d'une bourse d'études Fulbright. Son enseignement et sa recherche portent sur la loi et la religion, la théorie et le droit constitutionnel et criminel et le droit de la preuve. Il a publié de nombreux articles sur ces sujets dans des revues canadiennes et internationales et des collections publiées sous la direction d'un éditeur. Le professeur Berger siège au comité éditorial du *Canadian Journal of Law and Society* et de *Studies in Religion/Sciences religieuses* et il est rédacteur en chef adjoint de la série *Constitutional Systems of the World* de Hart Publishing.

RÉSUMÉ

Cet article examine la possibilité que la façon dont la primauté du droit constitutionnel approche et analyse la religion influence la façon que les groupes religieux évoquent et, ultimement peut-être même, perçoivent leurs propres croyances, pratiques et traditions. En particulier, certains aspects de l'approche légale actuelle envers les demandes en matière de liberté de religion et d'égalité renforcent un certain absolutisme et un 'durcissement positionnel' dans le traitement de ces demandes qui diminuent la complexité et le dynamisme des traditions religieuses. En agissant ainsi, la loi risque d'encourager un certain fondamentalisme qui est incompatible avec les valeurs d'ouverture et de respect mutuel nécessaire dans une société hautement diversifiée.

Le fondamentalisme religieux pose des problèmes de taille pour le droit contemporain et les politiques publiques. En effet, dans une société marquée par un nombre extraordinaire de façons d'être et de visions d'une société juste, nous comptons plus que nous le croyons sur la présumée malléabilité des perspectives et des pratiques. Or, cette dépendance tacite à l'égard d'un degré de souplesse dans les engagements est particulièrement forte dans le domaine de la différence religieuse et culturelle. Lorsque nous mentionnons publiquement qu'il faut faire preuve de tolérance et d'adaptation pour relever les enjeux d'une diversité profonde, nous visons non seulement les sociétés d'État et les autorités publiques, mais également – et ce qui est plus important – les communautés du domaine culturel que la loi est chargée selon nous de surveiller. Dans cet appel à la tolérance et à l'adaptation, nous entendons une demande d'ouverture qui, dans notre esprit, empreint nos agissements et nos perspectives d'un élément d'impermanence. Cette ouverture présume que l'aspect de nos engagements culturels qui nous tient à cœur est leur capacité de changer à la lumière du monde où nous vivons et des voisins avec lesquels nous vivons. Si ce sont là les hypothèses tacites qui régissent notre domaine public et nos pratiques en matière de droits de la personne, le fondamentalisme religieux, soit une fidélité rigide ou absolue à une interprétation particulière d'une tradition, pose des enjeux évidents et profonds.

Tout cela devrait être relativement contentieux. Ce qui manque trop souvent à cette image, c'est la nature culturelle de la règle de droit. Les récits publics sur le multiculturalisme et la différence religieuse tendent à imaginer le droit dans un rôle de gestion ou de préservation qui est hors de la portée de la culture, orientant le discours et atténuant les tensions à partir des sphères confortables de l'objectivité rationnelle. Comme je l'ai avancé en plus de détail ailleurs, cette façon de voir le problème est séduisante, car elle cache une des plus grandes difficultés inhérentes à une réflexion sur l'interaction entre le droit et la religion, à savoir que le droit est lui-même un acteur culturel, et partant, que l'interaction entre le droit et la religion est elle-même une rencontre interculturelle[1]. Le recours au droit n'est pas un retrait dans un espace neutre dans lequel le désordre de la culture peut être évalué plus stérilement. Se tourner vers le droit c'est plutôt se tourner vers un cadre culturel riche à part entière. Cela ne signifie pas seulement que le droit public au Canada poursuit certaines valeurs ayant des antécédents culturels et historiques, bien que cela soit vrai et important. Confronter la nature culturelle du droit, c'est

reconnaître que la façon même dont il considère et définit les questions, les symboles et les métaphores qu'il utilise pour cerner les problèmes, les hypothèses concernant ce qui a de la valeur et de la pertinence, sont en eux-mêmes une façon de rationaliser l'expérience.

Mon objectif principal dans ce bref article est d'expliquer comment la nature culturelle du droit pourrait contribuer au problème du fondamentalisme religieux que j'ai mentionné au début. En jetant un regard sur la religion et en demandant ce que l'interprétation juridique de la religion pourrait signifier pour la façon dont les adeptes et les groupes religieux interprètent et présentent leurs propres traditions, je souhaite soulever la possibilité qu'en exerçant impulsivement sa force culturelle, le droit a la capacité d'induire les mêmes fondamentalismes qu'il a tant de difficulté à traiter.

LE DROIT IMAGINANT LA RELIGION

La religion ne fait jamais qu'apparaître devant le droit. Dès qu'elle est envisagée dans l'optique juridique, la religion prend une forme assimilable aux engagements culturels de la règle de droit contemporaine. Ce point ne mérite pas d'être applaudi ni lamenté. Le fait que le droit impose ses propres catégories de valeur et de pertinence aux questions portées devant lui n'est pas un problème concernant l'analyse juridique actuelle ni une erreur doctrinale devant être réglée. Si l'on pense sérieusement que le droit est une façon riche d'envisager le monde, d'interpréter les événements et les problèmes de manière à dégager des solutions imaginées particulières, on doit abandonner toute ambition de rendre le droit plus neutre, aride ou exempt de culture. Certes, c'est le concept de l'aridité culturelle du droit qui nous a permis de croire l'idée plus rassurante, mais moins édifiante, qu'au fil du temps le droit parviendra plus facilement à accommoder et à tolérer les différences religieuses.

Le fait de considérer l'interaction entre le droit et la religion comme une rencontre interculturelle permet de mieux apprécier la façon dont le droit *envisage* la religion. Comme je l'ai longuement expliqué ailleurs, un examen approfondi de la jurisprudence relative à la *Charte* démontre que lorsque les tribunaux évaluent la religion, trois dimensions classificatoires jouent un rôle prédominant[2]. Premièrement, le droit est principalement considéré comme un phénomène individuel plutôt que collectif. La priorité que la règle de droit constitutionnelle accorde à la liberté et aux droits de l'individu, plutôt que du groupe, est largement reconnue dans des domaines comme l'égalité, l'association et l'expression. Cette solide priorité accordée à l'individu – cet atomisme – découle de la rationalité des Lumières et de l'individualisme qui est la marque de la modernité libérale[3]. Le fait qu'elle s'exprime principalement dans le droit ne devrait pas nous surprendre. Il n'est pas étonnant, non plus, que cet élément de l'imagination culturelle du droit influence la façon dont il perçoit et interprète la religion. Par conséquent, le droit peut interpréter les plaintes fondées sur l'inégalité religieuse et les contraintes à la liberté provenant des individus beaucoup plus clairement que celles qui affectent un groupe.

Deuxièmement, le droit considère la religion comme un phénomène fondamentalement privé plutôt que public. La théorie politique libérale a imaginé que la frontière clé pour laquelle le droit servirait de sentinelle serait publique/privée. Des questions de perquisition et saisie aux questions d'expression, le privé a toujours été le domaine imaginé par le droit comme étant le domaine idéal d'intérêt et de préférence – c'est le domaine dans lequel la logique du droit a le moins d'emprise. Par contraste, le domaine public est celui de la raison, exempt autant que possible des visions du monde idiosyncrasiques et des doctrines exhaustives. Le corollaire est que la loi a un scepticisme intrinsèque lorsque l'intérêt privé surgit dans le domaine public. C'est très vrai de la façon dont le droit traite la religion. Le droit imagine la religion comme étant une question entièrement privée. La foi est plus digeste que la conduite – cet axiome légal est une puissante expression de l'engagement du droit à considérer la religion comme une affaire privée.

La dernière dimension selon laquelle le droit interprète la religion est sans doute la plus puissante et certes la plus importante aux fins du présent article. Le droit considère la religion comme étant, essentiellement, une question d'autonomie et de choix. L'accent fondamental sur la liberté religieuse plutôt que sur l'égalité religieuse est un artefact de ce puissant aspect de la façon dont le droit envisage la religion. Pour le droit, la religion semble considérer que sa valeur essentielle est d'exprimer la volonté autonome de l'agent individuel. Toute dignité ou tout privilège accordé à la religion découle de son apport fondamental à l'ensemble des choix faits par l'individu qui veut mener une vie exemplaire. C'est pour cette raison que la jurisprudence protège aussi férocement le processus décisionnel autonome (ou la capacité future à utiliser ce type de processus décisionnel)[4]. Évidemment, pour de nombreux adeptes religieux, la religion est plus étroitement liée à l'identité qu'au choix et la dimension religieuse de notre vie fait simplement partie de la façon dont nous considérons notre place dans le monde.

Ceux qui s'adressent au droit peuvent envisager les enjeux de leur revendication religieuse principalement en fonction de l'identité collective et autant en termes de conduite publique que de croyance privée. Cependant, le droit jugera les plaintes d'ordre religieux en fonction de ses filtres culturels de valeur et de pertinence, examinant naturellement la question religieuse dans un contexte défini

par l'autonomie individuelle et la ligne de démarcation entre le public et le privé. Il importe de constater cette éventuelle divergence d'interprétation pour envisager l'interaction entre le droit et la religion comme une rencontre interculturelle. Mais la compréhension et les implications vont plus loin, affectant notre compréhension du façonnement de la tolérance juridique et des pratiques d'accommodement. Brièvement, plus une revendication religieuse concorde avec la façon dont le droit imagine la religion – comme une expression individuelle et privée de l'autonomie – plus elle est apte à la tolérance juridique[5]. La garantie de liberté et d'égalité religieuse sera appliquée d'emblée pour protéger une religion qui respecte déjà les engagements culturels du droit ; lorsqu'une religion enfreint une de ces dimensions de l'imaginaire du droit elle commence à être intolérable. C'est à ce point que nous commençons à parler des limites de la liberté religieuse. De cette façon, les limites de la tolérance juridique et des pratiques d'accommodement s'avèrent également fondamentalement culturelles, découlant d'une façon particulièrement juridique d'apprécier l'expérience humaine et d'imaginer le monde.

LA RELIGION S'IMAGINANT ELLE-MÊME

Ayant avancé que la façon particulière dont le droit envisage la religion influence la manière dont il traite les questions de liberté, d'égalité, de tolérance et d'accommodement religieux, je vais déplacer la question. Je veux soulever la possibilité que le traitement de la religion par le droit, les méthodes et les hypothèses du droit, affecte la façon dont les groupes et les adeptes religieux de la société canadienne contemporaine imaginent le droit et se présentent devant lui. Je suggère que la façon particulière dont le droit considère et analyse la religion a de « puissants effets de refoulement », celle-ci devenant très influente et éventuellement très écoutée au sein de la culture religieuse.

Ces effets de refoulement sont facilement identifiables. Le test de sincérité subjectif qui a été adopté pour définir ce qui « compte » comme étant une religion aux fins de la jurisprudence relative aux droits canadiens[6] a la capacité d'intervenir dans la dynamique interne des groupes religieux. Au lieu d'adopter un test objectif de ce qui est « religieux », qui serait fondé sur la tradition ou des interprètes faisant autorité, et de demander simplement à un demandeur s'il croit sincèrement que la pratique ou la croyance en question a un lien avec la religion, le droit habilite le croyant religieux idiosyncrasique au sein d'une tradition. Évidemment, il est impossible d'éviter une telle influence. L'autre solution – reconnaître l'histoire, l'interprétation orthodoxe ou une référence objective quelconque comme étant la norme du « religieux » – consisterait à soutenir les autorités actuelles d'une communauté en leur accordant le soutien définitionnel de l'État.

Ce qui m'intéresse le plus, cependant, c'est la façon dont les définitions, valeurs et analyses juridiques peuvent produire ce que l'on pourrait appeler un « durcissement des positions » parmi les groupes religieux. Sans doute le seul énoncé généralisable au sein des études religieuses est le suivant : les traditions religieuses évoluent et s'adaptent constamment en réponse aux conditions sociales qui les entourent. Les religions sont en constante évolution, redéfinissant leurs pratiques et leurs croyances en dialoguant avec leurs milieux locaux, historiques et sociaux. Des bibliothèques entières sont remplies d'études religieuses qui démontrent le génie *dynamique* de la croyance religieuse. Ignorer cette fluidité est une erreur que les fondamentalismes tendent à commettre. Ce sont des interprétations momentanées d'une tradition mouvante et dynamique.

Certains aspects de l'approche à l'égard de la religion dans la règle de droit constitutionnelle pourraient éventuellement encourager et récompenser des fondamentalismes religieux de toutes sortes. Envisageons, par exemple, le test présentement offert par la Cour suprême du Canada pour évaluer la force d'une revendication de droits fondée sur la religion : cette restriction empêche-t-elle l'individu de choisir de pratiquer la religion ?[7] Ce test encourage les demandeurs religieux à croire que chaque aspect de leurs traditions religieuses définit le tout. De cette façon, la loi encourage une sorte de pratique de synecdoque selon laquelle chaque partie de la religion doit représenter le tout. Si la pratique est un seul élément changeant, bien que précieux, d'une vaste constellation d'expressions symboliques interreliées d'une tradition (comme c'est presque toujours le cas), la revendication ne survivra pas aussi bien à une analyse des droits que si le demandeur présente la pratique comme définitionnelle, essentielle et immuable.

Considérons également l'accent sur l'appréciation et la proportionnalité dans le traitement accordé par le droit à la liberté religieuse et aux droits contradictoires. La Cour suprême du Canada a récemment déclaré que, au lieu de se concentrer sur l'atteinte minimale (l'équivalent de la *Charte* pour l'adaptation raisonnable), la plupart des revendications relatives à la liberté et à l'égalité religieuses devraient être déterminées selon une pondération des effets négatifs subis par le demandeur religieux et des effets bénéfiques découlant de la politique législative ou de la pratique en question[8]. Comme je l'ai expliqué ailleurs, l'accentuation des concepts comme l'atteinte minimale a l'avantage de focaliser l'attention sur l'aspect raisonnable et respectueux des mesures du gouvernement – dans quelle mesure les responsables de la politique se sont penchés sur les

communautés culturelles différentes et y ont été sensibles[9]. Le fait d'insister, au lieu de cela, sur une pondération générale des effets négatifs et des effets positifs encourage les communautés à considérer toutes les restrictions à leurs croyances ou à leurs pratiques religieuses comme étant un coup dévastateur à la religion, désaccentuant la capacité d'adaptation, d'ajustement et de changement de la tradition.

Réfléchissons enfin à l'accent sur la ligne de démarcation entre le public et le privé dans l'interprétation juridique de la religion. Comme je l'ai expliqué, dans la mesure où les demandeurs religieux peuvent expliquer leur religion en termes strictement privés, internes, ils correspondent plus facilement à l'interprétation de la religion dans le droit et attirent plus aisément ses pratiques de protection. On risque de perdre la protection du droit en admettant un engagement historique avec des forces sociales extérieures et, comme la cause *Wilson Colony* l'a démontré, une interdépendance communautaire. L'adaptation au marché moderne et l'utilisation des technologies modernes sont précisément les facteurs qui ont incité la majorité de la Cour dans la cause *Wilson Colony* à se demander si la nature autonome de cette colonie huttérienne était vraiment essentielle à la religion. Si la *Wilson Colony* avait été *plus* insulaire, plus privée, elle aurait obtenu un traitement plus favorable au tribunal.

Ce résumé de certains aspects de l'interprétation et de la démarche du droit à l'égard de la religion révèle qu'un effet interculturel de la rencontre entre la règle de droit constitutionnelle et la religion pourrait être de déformer la façon dont la religion est présentée dans les débats d'intérêt public. Grâce à la force de ses interprétations culturelles, le droit pourrait encourager les demandeurs à considérer leurs traditions comme moins compliquées, plus fragiles et plus insulaires qu'elles ne pourraient l'être autrement. Bref, le droit pourrait favoriser un type de fondamentalisme religieux. Il peut induire des déformations de la religion qui rendent les solutions d'ordre juridique et politique plus difficiles à traiter. À défaut de pondérer sa force culturelle, le droit a la capacité de rendre son engagement avec la religion plus précaire et d'entraver la recherche de compromis au moment même où il s'efforce de défendre la liberté et l'égalité religieuses.

CONCLUSION : PRIVILÉGIER LE DYNAMISME ET LA CONSIDÉRATION

L'histoire de la religion est, en grande partie, l'histoire de l'adaptation et de la réaction à des univers sociaux changeants et, pendant des siècles, le droit a été une importante figure de cette histoire dynamique. Le droit a non seulement débattu les questions de liberté religieuse, mais il a obligé la religion à éprouver la résilience, la complexité et les ressources de ses propres traditions. Un important enjeu pour le droit contemporain en matière de droits de la personne est de continuer d'encourager ce dynamisme au lieu de l'empêcher.

Comment cela pourrait-il se faire ? Je vais proposer deux idées préliminaires, espérant suggérer des domaines de réflexion et d'exploration. Premièrement, une sensibilisation aux questions examinées dans cet article devrait décourager l'adoption de tests dans le droit qui encouragent les individus ou les communautés à identifier une « essence » immuable dans leur tradition. Deuxièmement, nous devrions peut-être nous méfier des tests d'équilibrage, axés sur une pondération des coûts et avantages, qui encouragent les communautés à considérer toutes les restrictions à leurs croyances ou à leurs pratiques religieuses comme catastrophiques. Le fondement de la plupart des revendications de droits est un manque quelconque de considération. Il est donc préférable d'envisager dans quelle mesure l'autorité ou le gouvernement a considéré la communauté religieuse et y a été sensible en élaborant la politique.

Le respect de la tolérance et de l'égalité oblige le droit public à envisager d'une façon critique ses hypothèses, ses engagements et ses exigences. Le droit doit chercher des moyens de s'ajuster et de s'adapter pour considérer sérieusement les diverses conceptions de la vie exemplaire tout en restant fidèle aux valeurs publiques clés comme l'égalité et l'inclusion. Et pourtant, il incombe également aux individus et aux groupes culturels qui vivent dans une société fortement diversifiée d'examiner leurs propres ressources à des fins d'ajustement et d'adaptation. Lorsque le droit induit des fondamentalismes, il frustre cette obligation commune de dynamisme et de considération de la part de l'État, de l'individu et des groupes religieux, laquelle est le fondement éthique d'une société tolérante et pluraliste.

NOTES

* L'auteur tient à remercier Samara Secter pour son aide à la recherche et pour ses commentaires et suggestions sur les versions précédentes de cet article.

1 Benjamin L. Berger, « The Cultural Limits of Legal Tolerance » (2008) 21 :2 Can. J. L. & Jur. 245.

2 Benjamin L. Berger, « Law's Religion : Rendering Culture » (2007) 45 :2 Osgoode Hall L.J. 277.

3 Voir p. ex., Charles Taylor, *Modern Social Imaginaries* (Durham and London : Duke University Press, 2004).

4 Cet engagement à l'égard du processus décisionnel autonome est particulièrement évident dans les cas mettant en cause des enfants ou des jeunes dont la capacité à prendre des décisions rationnelles peut être remise en question. Voir, p. ex., les cas concernant des transfusions sanguines pour les enfants des Témoins de Jehovah.

Pour une cause récente concernant un mineur mûr, voir *A.C. d. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille),* [2009] 2 R.C.S. 181.

[5] Voir « The Cultural Limits of Legal Tolerance », *supra* note 1 ; Wendy Brown, *Regulating Aversion : Tolerance in the Age of Identity and Empire* (Princeton and Oxford : Princeton University Press, 2006).

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

[7] Voir *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony,* [2009] 2 R.C.S. 567 [*Wilson Colony*].

[8] *Wilson Colony*, supra note 7.

[9] Benjamin L. Berger, « Section 1, Constitutional Reasoning, and Cultural Difference : Assessing the Impacts of Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony » (2010) 51 Supreme Court Law Review (2d) 25.

CÉLÉBRATION DE LA JOURNÉE INTERNATIONALE DES DROITS DE L'HOMME, CIRCA 1962

Tout en déplorant et condamnant les violations des droits de la personne ailleurs dans le monde et en étant frappés d'horreur devant leurs affreuses manifestations, comme le mur de Berlin, nous ne devons jamais cesser de nous préoccuper des murs de préjugés qui restent érigés dans notre propre collectivité, et parfois dans nos propres esprits, et qui privent nos concitoyens de leur droit inaliénable à la justice et à l'égalité des chances. Comme la charité bien ordonnée, la justice doit commencer par soi-même.

- Premier ministre John Robarts, 12 octobre 1962