LES DIFFÉRENCES RELIGIEUSES, LA LOI ET LES SILENCES DU MULTICULTURALISME

BENJAMIN L. BERGER*

Benjamin L. Berger est professeur et titulaire de la chaire de recherche York sur le pluralisme et le droit public à la Osgoode Hall Law School de l'Université York.

La plausibilité et l'attrait normatif du multiculturalisme dépendent d'une vision particulière du caractère et du fonctionnement de la loi. Que cette compréhension du caractère de la loi dans un système constitutionnel libéral soit fondamentalement naïve n'oblige pas pour autant à abandonner les biens associés au multiculturalisme, en particulier si on le compare à bon nombre de ses alternatives historiques. Il s'agit toutefois d'un motif pour exiger une certaine clairvoyance quant aux limites – tant descriptives que prescriptives – du multiculturalisme dans certains domaines.

Le domaine qui m'intéresse dans ce court essai est la relation du multiculturalisme à la différence religieuse. Et la limite en question est que le multiculturalisme s'avère avoir peu d'intérêt, et avoir apporté peu d'utilité, lorsqu'il s'agit des questions les plus difficiles que pose le pluralisme religieux dans un État libéral moderne.

L'attrait et l'importance du multiculturalisme en matière de différences religieuses dépendent du niveau d'engagement de l'État à l'égard de l'égalité de traitement des groupes religieux, ainsi que de la conviction générale que la société se trouve renforcée par le fait sociologique d'un large éventail de croyances, de goûts et d'aspirations. En matière de religion, cette approche axée sur l'égalité est importante. Elle exclut un État confessionnel voué à la domination d'une seule culture religieuse, appelle à une forme élémentaire de tolérance à l'égard de la différence, fournit un mandat idéologique pour éliminer les cas de désavantages et de privilèges

* L'auteur tient à remercier Matthew Traister (candidat au doctorat, Osgoode Hall Law School) pour son aide précieuse à la recherche et ses commentaires éditoriaux.

injustes imposés par l'État et s'oppose à des formes de laïcité à caractère antireligieux et ultra-laïque (y compris la forme de laïcité mise de l'avant par le gouvernement québécois dans sa législation réglementant les symboles et les vêtements religieux).

> **« Les réponses à la différence religieuse exprimées dans le registre du multiculturalisme s'avèrent à la fois anémiques sur le plan normatif et décevantes sur le plan endémique pour les groupes religieux qui divergent de manière significative du courant métaphysique et normatif dominant. »**

En cela, le multiculturalisme fait des affirmations importantes en ce qui concerne la position de l'État à l'égard des différents groupes culturels. En effet, dans ses premières affaires de liberté de religion en vertu de la Charte, la Cour suprême du Canada a fait appel au multiculturalisme précisément pour étayer cette position d'égalité et de tolérance[1]. Mais ces questions d'intolérance et d'égalité entre les groupes culturels ne sont plus – si elles ne l'ont jamais été – les problèmes plus fondamentaux que pose la différence religieuse. Comme je l'expliquerai, vu sous l'angle de la contestation constitutionnelle relative à la liberté religieuse, les questions contemporaines les plus vexantes soulevées par la différence et le pluralisme religieux concernent la contestation des frontières et des limites de la normativité publique, une normativité que la loi – maladroitement, ici – exprime et projette. Le « multiculturalisme » a très peu contribué à l'analyse juridique de ces problèmes. Il en résulte que les réponses à la différence religieuse exprimées dans le registre du multiculturalisme s'avèrent à la fois anémiques sur le plan normatif et décevantes sur le plan endémique pour les groupes religieux qui divergent de manière significative du courant métaphysique et normatif dominant.

Les déficits descriptifs et prescriptifs du multiculturalisme en matière de différence religieuse sont des caractéristiques immuables, et non des défauts au niveau de la mise en œuvre. Ce fait est imputable à un écart entre le caractère culturel du constitutionnalisme libéral et le rôle que le multiculturalisme assigne au droit. Le multiculturalisme suppose/souhaite l'existence d'un outil qui puisse l'incarner et le mettre en œuvre, mais qui ne pose pas lui-même un problème au niveau des relations interculturelles. Il espère que le droit sera cet outil. Il ne l'est pas. En d'autres termes, le mutisme du multiculturalisme sur les questions difficiles liées à la différence religieuse est intrinsèque à l'intégration défectueuse de la loi dans la logique du multiculturalisme.

LE CONSTITUTIONNALISME DANS LE DOMAINE DE LA CULTURE

En ce qui concerne le concept de la loi qui sous-

1 Voir, par exemple, *R c. Big M Drug Mart Ltd*, [1985] 1 R.C.S. 295 [Big M] ; R c. Edwards Books, [1986] 2 R.C.S. 713. La Cour a continué d'utiliser le multiculturalisme comme fondement rhétorique de la liberté de religion (voir, p. ex., Syndicat Northcrest c. Amselem, 2004 CSC 47 ; Multani c. Marguerite-Bourgeoys [Commission scolaire], 2006 CSC 6), mais aussi parfois comme un concept qui circonscrit la portée du droit (voir, p. ex, Alberta c Hutterian Brethren of Wilson Colony, 2009 CSC 37 ; Loyola High School c Québec [Procureur général], 2015 CSC 12).

« La prétention que la loi est à bonne distance et autonome de la culture rend le multiculturalisme muet sur les questions les plus difficiles de la liberté religieuse. »

tend les traitements populaire, la plupart des études universitaires sur la religion et le multiculturalisme positionne la loi sur un perchoir de gestion au-dessus de la mêlée culturelle.[2] Selon ce point de vue sur la culture, le droit est bien placé (engagements constitutionnels envers la liberté de religion et l'égalité en main) pour évaluer et aborder les points de friction qui découlent de la différence religieuse, et ce, en fonction du double engagement envers l'impartialité et la tolérance que conseille le multiculturalisme. Mais cette vision de la relation entre la loi et le domaine de la culture est fondamentalement naïve, et la prétention que la loi est à bonne distance et autonome de la culture rend le multiculturalisme muet sur les questions les plus difficiles de la liberté religieuse. Ce point de vue ne reconnaît pas à quel point le constitutionnalisme libéral est lui-même une forme culturelle complexe, comprise comme un cadre de préengagements, d'idées et de pratiques utilisés pour donner un sens à l'expérience.

Je développe et défends longuement cette thèse et ses conclusions dans *Law's Religion*,[3] en soulignant la richesse esthétique, rituelle et idéologique de la culture du constitutionnalisme canadien. Un élément mérite d'être souligné dans le cadre de cet essai. Lorsque nous nous concentrons sur la façon dont les questions de liberté de religion sont analysées dans la jurisprudence, il devient évident que la religion ne comparait jamais directement devant la loi. Le droit exerce plutôt son pouvoir sous l'emprise d'une vision particulière de la nature et de la valeur essentielles de la religion, une vision culturellement riche et informée par l'histoire et les engagements du libéralisme. Comme je l'explique dans *Law's Religion*, cette interprétation de la religion perçoit son sujet comme relevant foncièrement de l'individu, comme l'expression de l'autonomie et du choix, et comme étant de nature fondamentalement privée. La religion qui se conforme à cette conception – la religion libérale – est ainsi une religion tolérable. C'est une religion libre[4]. Mais la religion ne se réduit pas à ce que la loi peut imaginer d'elle. Les jugements en matière de religion s'effectuent donc depuis un contexte culturel, et non au-delà de celui-ci.

Le fait de comprendre que la loi est elle-même une forme culturelle a plusieurs conséquences importantes sur nos perceptions de la loi et des différences religieuses. Le multiculturalisme perd son outil de gestion aculturelle et la rencontre entre le droit et la religion se révèle être une rencontre interculturelle. Mais le multiculturalisme ne dit pas grand-chose sur le caractère ou la nature de cette

2 Voir par exemple, Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship : A Liberal Theory of Minority Rights* (Oxford : Clarendon Press, 1995).

3 Benjamin L. Berger, *Law's Religion : Religious Difference and the Claims of Constitutionalism* (Toronto ; Buffalo : University of Toronto Press, 2015).

4 D'autres ont fait des déclarations sympathiques : voir, par exemple, Winnifred Fallers Sullivan, *The Impossibility of Religious Freedom* (Princeton, N.J. : Princeton University Press, 2005).

rencontre. Nous voyons également que la tolérance est une vertu plus limitée que nous pourrions l'imaginer, à la fois limitée par les idées de la loi sur la nature de la religion et (avec cela) plus investie de pouvoir et de domination que nous ne voulons généralement le reconnaître[5]. Nous pouvons commencer à comprendre pourquoi le vécu en matière de droit de certains groupes et d'individus religieux est bien plus assimilateur et contraignant que ce que l'histoire du multiculturalisme peut expliquer. Et nous voyons que les questions constitutionnelles les plus difficiles soulevées par les individus et les communautés religieuses ne concernent pas le traitement que leur réserve l'État vis-à-vis des autres religions. Elles concernent plutôt le défi qu'elles lancent à la culture juridique elle-même.

LES QUESTIONS LES PLUS DIFFICILES

Les premières années du débat constitutionnel relatif à la différence religieuse en vertu de la Charte se sont largement concentrées sur l'identification et la suppression des occurrences de toute expression légale du privilège chrétien dans la société canadienne.[6] Le multiculturalisme aborde – dans le registre de l'égalité de traitement – ce genre de questions qui se posent sûrement encore de temps à autre[7]. Mais aujourd'hui, les questions les plus délicates soulevées par la liberté religieuse consistent à contester l'adéquation et l'universalité de la règle de la culture du droit et à rechercher une sphère d'indépendance normative vis-à-vis de l'autorité publique. Bien que parfois présentées comme des questions d'égalité de traitement, leur logique profonde est un défi à la portée et à l'omniprésence de la loi et de l'autorité publique, plutôt qu'un appel à leur égard et à leur tolérance. Et sur ces questions – en raison précisément de sa naïveté avérée sur le caractère de la loi – le multiculturalisme est mal équipé pour apporter son aide.

« Mais aujourd'hui, les questions les plus délicates soulevées par la liberté religieuse consistent à contester l'adéquation et l'universalité de la règle de la culture du droit et à rechercher une sphère d'indépendance normative vis-à-vis de l'autorité publique. »

Deux exemples tirés de la jurisprudence récente illustrent de manière frappante ce type de question plus profonde, plus fondamentale, que pose la différence religieuse[8]. Dans le plus récent épisode des

5 En effet, les tribunaux canadiens se sont de plus en plus éloignés de la tolérance en tant qu'idée sous-tendant la liberté de religion, pour se tourner plutôt vers le concept de neutralité de l'État. Je discute des raisons de cette évolution dans Benjamin L. Berger, « Religious Diversity, Education, and the 'Crisis' in State Neutrality », *Canadian Journal of Law and Society* 29, no 1 (2014) : 103-22.

6 Voir par exemple, *Big M, Zylberberg v Sudbury School of Education* (1988), 52 DLR (4th) 577.

7 Voir par exemple, *Mouvement laïque québécois v Saguenay (City)*, 2015 SCC 16.

8 Pour des discussions plus complètes sur ces affaires et la manière dont elles délimitent la frontière des affaires de liberté religieuse, voir Benjamin L. Berger, « Liberal Constitutionalism and the Unsettling of the Secular », dans Research Handbook on Law and Religion, ed. Rex Ahdar (Northampton, Mass : Edward Elgar, 2018), 198-220.

litiges juridiques suscités par la Trinity Western University, les tribunaux ont été appelés à décider si une politique discriminatoire à l'égard des minorités sexuelles au sein de la TWU constituait une base légitime pour que les barreaux refusent d'agréer l'école de droit proposée par la TWU[9]. En fin de compte, le problème juridique s'est cristallisé autour de la question de savoir si le refus des barreaux d'accréditer la faculté de droit de TWU était raisonnable, reflétant un équilibre proportionnel entre la liberté de religion et la prévention de la discrimination. Une majorité de la Cour suprême a estimé que c'était bien le cas. Mais l'école ne cherchait pas à obtenir un juste équilibre entre les normes publiques ; elle plaidait plutôt pour son indépendance vis-à-vis de ces normes et pour être autorisée à fonctionner hors de la portée d'un système juridique qui les canalise et les applique. Il ne s'agit pas d'impartialité ou de neutralité. Il s'agit, au fond, d'une demande de retrait du droit et de la normativité juridique pour laisser place à l'indépendance culturelle – une demande extraordinairement compliquée et difficile qui est en forte tension avec la représentation de la loi dans l'histoire du multiculturalisme.

À certains égards, l'affaire de *la nation Ktunaxa* contre la Colombie-Britannique[10] montre de façon encore plus frappante les limites heuristiques et éthiques du multiculturalisme lorsqu'il est confronté aux questions les plus difficiles que pose la diversité religieuse. Vers la fin d'un long processus de négociation et de résistance entourant le développement d'une immense station de ski en Colombie-Britannique, la nation Ktunaxa a choisi de poser une objection relative à la liberté de religion. Elle a fait valoir que le développement autorisé par l'État de cette station de ski chasserait l'esprit de l'ours grizzly de la région, ce qui porterait fondamentalement atteinte à ses croyances et pratiques religieuses. Au vu de la jurisprudence existante à ce stade, l'argument semblait convaincant. Cependant, cet argument demandait aux tribunaux d'intégrer dans leur analyse un ensemble d'engagements métaphysiques et ontologiques non libéraux qui, s'ils étaient pris au sérieux, feraient pencher la balance du côté opposé : une telle approche porterait atteinte de manière significative à l'autorité de la Couronne sur les terres publiques ainsi qu'à leur utilisation La Cour a choisi de ne pas s'engager dans cette voie – il semble qu'elle en était incapable. La majorité a créé une restriction doctrinale tortuée pour rejeter la demande comme ne relevant pas de la liberté de religion. Une opinion minoritaire a reconnu la violation fondamentale de la liberté de religion des Ktunaxa, mais a néanmoins estimé que la nécessité de protéger l'autorité publique sur les terres l'emportait sur cette éviscération du droit.

La revendication de liberté religieuse des Ktunaxa était, bien sûr, la sublimation des revendications de souveraineté autochtone – des défis fondamentaux

9 *Law Society of British Columbia v Trinity Western University*, 2018 SCC 32 ; *Trinity Western University v Law Society of Upper Canada*, 2018 SCC 33.

10 2017 SCC 54. Pour une discussion détaillée des implications de cette affaire pour la liberté de religion autochtone, voir Benjamin L. Berger, « Is State Neutrality Bad for Indigenous Religious Freedom ? » (1er juillet 2019) dans Jeffrey Hewitt, Beverly Jacobs et Richard Moon, éd., Indigenous Spirituality and Religious Freedom (Toronto : University of Toronto Press, à paraître), document de recherche d'Osgoode Legal Studies, disponible sur SSRN : https://ssrn.com/abstract=3508967. Sur le sujet de la liberté de religion des Autochtones au Canada en général, voir Nicholas Shrubsole, What Has No Place, Remains : The Challenges for Indigenous Religious Freedom in Canada Today (Toronto ; Buffalo : University of Toronto Press, 2019).

à l'autorité de l'État – qui ont trouvé peu de succès ailleurs dans notre ordre constitutionnel. Le fait que la liberté religieuse soit un foyer hospitalier pour de telles revendications est révélateur. Comme je l'ai soutenu ailleurs, il y a un élément constant de souveraineté au cœur des revendications de liberté religieuse, quelque chose qui va bien au-delà des questions d'égalité de traitement, de tolérance et de neutralité, et qui soulève des questions troublantes pour le constitutionnalisme libéral[11]. Cette contestation fondamentale de la souveraineté – ou de l'indépendance fondamentale vis-à-vis de l'autorité de l'État – est la logique profonde de la TWU, du Ktunaxa et des questions les plus difficiles que soulève la différence religieuse. C'est aussi une question sur laquelle le multiculturalisme a très peu à dire.

LA NÉCESSITÉ D'EN DIRE PLUS

Malgré de vaillants efforts pour suggérer le contraire[12], le multiculturalisme n'est tout simplement pas équipé pour nous amener là où nous devons aller pour répondre aux questions les plus urgentes et les plus épineuses soulevées par les divergences religieuses profondes. À cet égard, en tant que concept, il n'est pas sans rappeler la « laïcité » : tous deux sont l'expression d'une tendance plus générale à dissimuler le vécu rebelle de la religion et du constitutionnalisme moderne sous la bannière bien rangée d'un principe. Nous commençons à comprendre que les invocations générales de principes ou de politiques juridiques n'éclairent que très peu, en fait, les expériences sociales et politiques de la diversité religieuse et, en outre, qu'elles peuvent nous empêcher de voir les liens et les relations humaines et communautaires qui subsistent derrière ces revendications. Nous pouvons être à la fois multiculturalistes, en valorisant les dispositions et les attitudes envers la différence qu'il encourage, et lucides sur ses limites et ses angles morts.

« L'expérience mondiale en matière de liberté religieuse nous enseigne qu'il est impossible d'éviter les questions difficiles qui circulent autour de la zone de compétence acceptable du pouvoir de l'État. »

L'expérience mondiale en matière de liberté religieuse nous enseigne qu'il est impossible d'éviter les questions difficiles qui circulent autour de la zone de compétence acceptable du pouvoir de l'État. Nos réponses juridiques et politiques aux revendications de liberté religieuse et d'égalité doivent s'épaissir. Partant de la reconnaissance de la force culturelle du constitutionnalisme libéral, elles doivent en dire beaucoup plus sur les valeurs de fond que l'État doit promouvoir et, plus important encore, sur la limite de cette promotion. À cet

11 Benjamin L. Berger, « Liberal Constitutionalism and the Unsettling of the Secular », dans *Research Handbook on Law and Religion*, ed. Rex Ahdar (Northampton, Mass : Edward Elgar, 2018), 198–220.

12 Voir par exemple, Kymlicka, *Multicultural Citizenship : A Liberal Theory of Minority Rights*; Ayelet Shachar, *Multicultural Jurisdictions : Cultural Differences and Women's Rights, Contemporary Political Theory* (Cambridge, UK ; New York : Cambridge University Press, 2001).

égard, l'humilité et la perspicacité sont essentielles : l'humilité née d'une appréciation de l'expérience des communautés ayant des visions du monde et des horizons normatifs non libéraux vivant dans le cadre de la règle de la culture du droit, et la perspicacité à l'égard des limites culturelles de la tolérance juridique. Ni l'un ni l'autre n'est une force du multiculturalisme.