

**DROIT ET RELIGION :
DE L'ACCOMMODEMENT RAISONNABLE
À UN DIALOGUE INTERNORMATIF ? ***

Pierre Bosset **
Paul Eid ***

Avril 2006

* Ce texte a été préalablement publié par les auteurs dans : *Actes de la XII^e Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, pp. 63-95.

** Pierre Bosset, LL.M., M.Phil., membre du Barreau. Directeur de la recherche et de la planification, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec. Chercheur invité, Institut d'études internationales de Montréal, UQAM (2005-2006). L'auteur s'exprime à titre personnel.

*** Paul Eid, Ph.D. (sociologie). Chercheur, Direction de la recherche et de la planification, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec. L'auteur s'exprime à titre personnel.

TABLE DES MATIÈRES

1. LA PRISE EN COMPTE DES PRATIQUES RELIGIEUSES PAR LE DROIT : L'ACCOMMODEMENT RAISONNABLE	3
1.1 L'accommodement raisonnable comme outil de gestion de la diversité religieuse.....	3
1.2 Accommodement raisonnable et principes de philosophie politique.....	8
2. LA RENCONTRE DU DROIT CIVIL ET DU DROIT RELIGIEUX : VERS UN DIALOGUE INTERNORMATIF?	11
2.1 Débats théoriques autour du pluralisme juridique	12
2.2 Le droit étatique à l'épreuve du pluralisme juridique : obstacles systémiques.....	14
2.3 Le droit étatique comme filtre « intelligent » du pluralisme juridique.....	14
2.4 Un exemple de dialogue internormatif encadré par la loi : le cas du divorce judaïque	15
CONCLUSION	19

« Dans notre pays, il n'existe pas de religion d'État »¹. Bien avant l'avènement des chartes des droits, la Cour suprême du Canada a eu recours à cette formule pour caractériser les rapports entre l'État et les religions. La formule a l'avantage de la simplicité : elle situe nettement, quoique par la négative, le Canada par rapport à d'autres démocraties où, pour des raisons historiques et culturelles, certaines religions se voient reconnaître un statut privilégié dans la loi ou la Constitution². Elle ne dit cependant qu'une partie de la vérité. Car, s'il n'y a « pas de religion d'État au Canada », les textes constitutionnels et législatifs canadiens ne traitent pas toutes les religions également ou, du moins, de manière identique. En témoignent les privilèges constitutionnels, éternellement controversés, des catholiques de l'Ontario³; ou, plus près de nous, le régime législatif préférentiel dont jouit au Québec – du moins pour quelques années encore – l'enseignement confessionnel catholique ou protestant⁴. On le voit, l'absence d'une « religion d'État » ne signifie pas nécessairement que l'État fera preuve d'une totale neutralité face aux religions, quitte à contrevenir pour cela aux chartes des droits.

Dans le Québec moderne et laïcisé d'aujourd'hui, l'essentiel n'est sans doute pas de savoir si des liens organiques unissent (ou doivent unir) l'État à telle ou telle religion, mais bien de savoir comment concilier l'exercice de la liberté religieuse avec les autres principes consacrés dans les chartes des droits. Car c'est bien d'une tension à l'intérieur même du domaine des droits et libertés qu'il s'agit. Est-il nécessaire de rappeler que la liberté religieuse fait partie de ce domaine au même titre, par exemple, que le droit à l'égalité, le droit au respect de l'intégrité physique ou encore le droit au respect de la dignité ? Or, pour opérer cette difficile conciliation, le droit québécois ne peut se référer au concept, par ailleurs polysémique, de la « laïcité ». En effet, notre droit n'a jamais fait sien ce concept⁵, même si, comme d'éminents juristes l'ont montré, la garantie constitutionnelle de la liberté religieuse implique, pour l'État canadien et québécois, une incontestable obligation de neutralité religieuse⁶. Mais cette neutralité religieuse de l'État s'oppose-t-elle nécessairement à l'affirmation de normes et pratiques religieuses au sein de la sphère publique ? Il faut répondre par la négative, du moins en ce qui concerne l'adaptation des institutions publiques aux pratiques religieuses de leur personnel et de leur « clientèle ». En cette matière, une obligation d'accommodement raisonnable incombe en effet aux institutions publiques. Cette obligation fait maintenant partie intégrante de notre paysage juridique, bien que ses limites n'apparaissent pas toujours avec

¹ *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834, 840 (M. le juge Taschereau).

² Considérer, par exemple, le statut de l'Église évangélique luthérienne dans les États scandinaves, celui de l'Église catholique à Monaco et à Saint-Marin, ou encore celui de l'Église orthodoxe en Grèce. S'y apparente le cas du Royaume-Uni où, sans qu'existe une religion d'État, le Souverain est aussi chef de l'Église anglicane. (Le nom officiel de cette église – *Church of England* – trahit d'ailleurs ses liens intimes avec l'histoire constitutionnelle du pays). Voir généralement : Guy HAARSCHER, *La laïcité*, 2^e éd., Coll. Que sais-je, n° 3129, Presses universitaires de France, 1996.

³ *Loi constitutionnelle de 1867* (art. 93, prévoyant le financement public d'écoles catholiques). Dans *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609, la Cour suprême confirme que l'article 93 constitue un « code complet » dont la portée ne saurait, par application du droit à l'égalité ou de la liberté de religion reconnus par la *Charte canadienne des droits et libertés*, être étendue à d'autres écoles privées (par exemple, les écoles juives ou musulmanes). Ce régime préférentiel pour les catholiques serait toutefois contraire aux engagements internationaux du Canada en matière de non-discrimination. (Sur ce point, voir : Nations Unies, *Constataions du Comité des droits de l'homme au titre du paragraphe 4 de l'article 5 du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, CCPR/C/67/D/694/1996).

⁴ *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q., c. I-13.3. Ce régime préférentiel s'applique malgré le droit à l'égalité et la liberté de religion reconnus par les chartes québécoise et canadienne des droits (art. 726-727). Il prendra fin le 1^{er} juillet 2008. *Loi modifiant diverses dispositions de nature confessionnelle dans le domaine de l'éducation*, L.Q. 2005, c. 20, art. 19.

⁵ Pierre BOSSET, « Le droit et la régulation de la diversité religieuse en France et au Québec : une même problématique, deux approches », (2005) 13(3) *Bulletin d'histoire politique* (numéro spécial intitulé *La Laïcité au Québec et en France*) 86.

⁶ José WOEHLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », (1998) 43 *Revue de droit de McGill* 370-375.

toute la clarté souhaitée et que l'importante fonction sociale qu'elle remplit, sur le plan de l'intégration des groupes minoritaires, soit trop souvent passée sous silence.

Si l'obligation de prendre en compte les pratiques religieuses paraît incontestée, il n'en va pas nécessairement de même de l'intégration de *normes de droit religieux* au sein de l'ordre juridique canadien et québécois. C'est notamment en matière de droit familial, par exemple de divorce et de mesures accessoires, que cette problématique est susceptible de se soulever, particulièrement lorsque lesdites normes font l'objet d'ententes contractuelles préalables entre les parties. Un tribunal civil ⁷ peut-il considérer, interpréter, appliquer dans l'exercice de sa juridiction une règle de droit (familial ou autre) dont l'origine n'est pas la volonté du législateur, mais un ensemble normatif étranger à l'ordre étatique, par exemple un *corpus* juridique musulman, juif ou catholique ? Le droit positif canadien montre ici le spectacle d'une certaine indécision. Certains juges tendront à voir dans toute catégorie normative formatée dans le langage religieux une sorte de repoussoir compromettant la neutralité religieuse de l'État ⁸. Ce type de discours semble refléter une crainte que toute communication internormative entre le droit étatique et les normes religieuses ne contrevienne à cette neutralité. À côté de cette conception assez rigide de la neutralité de l'État existerait une tradition jurisprudentielle tolérante, au sein des institutions étatiques, les modèles normatifs et comportementaux dont le fondement moral, bien que de nature religieuse, serait compatible avec les lois et l'ordre public garantis par les Chartes. Dans une synthèse éclairante, Benjamin Berger fait ressortir les traces de ce courant jurisprudentiel, citant à l'appui plusieurs arrêts ⁹. Ainsi, dans l'affaire *Chamberlain* ¹⁰ – que Berger considère comme emblématique –, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique déclarait que, si les tribunaux ont le pouvoir d'évaluer le contenu moral d'un argument ou d'une requête à la lumière de la loi, il ne leur appartient pas de se prononcer sur la source idéologique de cette moralité ¹¹. Selon l'auteur, ce jugement résumerait bien le modèle d'une neutralité religieuse qui se veut souple et éclairée, c'est-à-dire ouverte au pluralisme normatif de la société, quel que soit le cadre idéologique duquel sont dérivées les normes en quête de validation judiciaire. Mais, ajoute Berger :

“Freedom of religion is not absolute. It is only those manifestations of religious conscience that advance and protect human dignity, autonomy, and security – those manifestations of religious conscience that are resonant with civic values – that find protection under the Charter ¹².”

En somme, dans cette perspective, les normes et les prétentions morales en quête de reconnaissance légale ne devraient pas être a priori rejetées par les tribunaux de par le simple fait qu'elles sont justifiées sur une base religieuse. Il importerait plutôt d'examiner dans quelle mesure leur contenu éthico-normatif est compatible avec l'ordre juridique étatique.

Ce texte aborde dans une perspective contemporaine la question fort délicate, on en conviendra, des rapports entre État et religion. Faisant appel aux approches complémentaires du droit et de la sociologie, il entend mettre en lumière la posture actuelle du droit positif québécois et canadien face aux deux problématiques qui viennent d'être décrites, soit celle de l'accommodement raisonnable, d'une part, et celle

⁷ Au Québec, en matière familiale et « dans toute autre matière qui intéresse l'ordre public », l'arbitrage privé est interdit : *Code civil du Québec*, art. 2639.

⁸ Voir par exemple : *Levitts Kosher Foods Inc. c. Levin et al.* (1999) 175 D.L.R. (4th) (O.S.C.J.); *Kaddoura c. Hammoud*, (1999) 168 D.L.R. (4th) 503 (O.C.); *Marcovitz c. Brucker*, [2005] QCCA 835 (C.A.).

⁹ Benjamin BERGER, « The Limits of Belief : Freedom of Religion, Secularism, and the Liberal State », (2002) (17)1 *Revue canadienne Droit et Société* 39-68.

¹⁰ *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, (2000) 191 D.L.R. (4th) 222 (B.C.C.A.), infirmé à : [2002] 4 R.C.S. 710.

¹¹ *Ibid.*, par. 33-34. En l'espèce, il s'agissait de la décision d'un conseil scolaire de refuser l'agrément à des manuels scolaires faisant état de la parentalité homosexuelle. En vertu de la loi provinciale applicable, les manuels scolaires devaient répondre à des standards de moralité.

¹² B. BERGER, *loc. cit.*, p. 67-68.

d'un possible « dialogue internormatif » entre l'ordre juridique étatique et celui des religions, d'autre part. Il mettra aussi en lumière certains des fondements théoriques et sociopolitiques qui expliquent l'état du droit positif, souvent de façon implicite.

Nous ferons d'abord ressortir les principales caractéristiques de l'obligation d'accommodement raisonnable comme vecteur de prise en compte des pratiques religieuses. L'accommodement raisonnable sera alors rattaché aux principes de philosophie politique qui le sous-tendent, tels qu'ils s'incarnent dans les modèles québécois et canadien de gestion de la diversité culturelle. Nous nous pencherons ensuite sur l'intégration, possible ou non (et à quelles conditions, le cas échéant), de normes du droit religieux au sein du droit positif. Nous chercherons à replacer cette question dans le contexte des débats théoriques sur le *pluralisme juridique*. Nous ferons aussi état de certains obstacles systémiques à un tel « dialogue internormatif », obstacles qui n'excluent pas que le droit étatique puisse agir comme un « filtre intelligent » du pluralisme juridique. Puis, en prenant l'exemple d'une intervention récente du législateur où celui-ci a pris acte d'une institution de droit religieux – le divorce judaïque –, nous soutiendrons qu'un dialogue internormatif entre droit et religion, préférablement lorsqu'il résulte de délibérations politiques, peut conduire à un pluralisme juridique pleinement respectueux des principes contenus dans les chartes des droits, tant dans leurs dimensions religieuses que dans celles qui concernent la dignité et l'égalité des personnes.

1. LA PRISE EN COMPTE DES PRATIQUES RELIGIEUSES PAR LE DROIT : L'ACCOMMODEMENT RAISONNABLE

Dans la perspective des tribunaux canadiens, l'obligation d'accommodement raisonnable est un corollaire du droit à l'égalité¹³. À ce titre, cette obligation est susceptible d'être invoquée pour chacun des motifs de discrimination interdits par les lois antidiscrimination. L'un des secrets les mieux gardés en ce qui concerne cette obligation est en effet son application à des motifs de discrimination n'ayant rien à voir avec la religion, comme le sexe, la grossesse, l'âge et le handicap¹⁴. C'est néanmoins dans le contexte de la discrimination fondée sur la religion que l'accommodement raisonnable a fait son apparition en droit canadien, et c'est toujours dans ce contexte qu'il continue de soulever des débats particulièrement intéressants et inévitablement passionnés.

1.1 L'accommodement raisonnable comme outil de gestion de la diversité religieuse¹⁵

Au milieu des années 1980, dans une décision marquante de la Cour suprême¹⁶, l'obligation d'accommodement raisonnable fait son apparition en droit canadien. La Cour reconnaît alors qu'une norme d'ap-

¹³ Plus précisément : « une conséquence naturelle de la reconnaissance [du droit à l'égalité] ». Voir : *O'Malley et Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536, 554.

¹⁴ Au Québec, voir la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 10. Pour une application de l'obligation d'accommodement raisonnable au critère du sexe, voir : *Colombie-Britannique (Public Service Employees Relations Commission) c. B.C.G.S.E.U.*, [1999] 3 R.C.S. 3; au critère de la grossesse : *Commission des droits de la personne c. Lingerie Roxana*, [1995] R.J.Q.1289 (T.D.P.); au critère de l'âge : *Desroches c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1997] R.J.Q. 1540 (C.A.); au critère du handicap : *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868; *Commission des droits de la personne du Québec c. Collège Notre-Dame du Sacré-Cœur*, [2002] R.J.Q. 5 (C.A.); *Centre de la communauté sourde du Montréal métropolitain c. Régie du logement*, [1996] R.J.Q. 1776 (T.D.P.); *Commission des droits de la personne du Québec c. Emballages Polystar*, (1997) 28 C.H.R.R. D/76 (T.D.P.); *CEGEP John-Abbott c. Blouin*, C.S. Montréal, n° 500-17-018750-045, 10 juin 2004.

¹⁵ Certaines des grandes lignes de la présente section sont tirées de : COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Réflexion sur la portée et les limites de l'obligation d'accommodement raisonnable en matière religieuse* (2005), p. 4-19.

¹⁶ *C.O.D.P. (O'Malley) c. Simpsons-Sears*, précité. Vendeuse dans un grand magasin, O'Malley avait adhéré à l'Église universelle de Dieu. Les préceptes de sa religion lui interdisaient de travailler le samedi. Devant l'impossibilité de concilier son horaire et sa pratique religieuse, l'employeur l'avait reléguée à un statut d'employée (... suite)

parence neutre peut indirectement avoir un impact discriminatoire sur une employée s'il est incompatible avec la pratique religieuse de celle-ci. En l'espèce, pour donner un sens à la norme d'égalité énoncée par la loi, la Cour conclura que l'employeur était tenu de prendre « *des mesures d'accommodement raisonnable* » consistant à modifier l'horaire de travail de l'employée. Cette conclusion de la Cour repose non pas sur une obligation législative expresse – la loi étant muette sur ce point –, mais sur ce que la Cour appelle une « conséquence naturelle » du droit à l'égalité. Depuis la fin des années '90, l'obligation d'accommodement raisonnable s'applique à toutes les formes de discrimination prohibées (directe ou indirecte), et s'impose à toute partie désirant faire valoir, à l'encontre du droit à l'égalité, le moyen de défense fondé sur une « exigence professionnelle normale »¹⁷.

La portée de l'obligation d'accommodement raisonnable en matière religieuse est évidemment fonction du sens donné au mot religion. Or, l'interdiction de toute discrimination fondée sur la religion étant souvent invoquée de manière interchangeable avec la liberté de religion¹⁸, il faut considérer avec beaucoup d'intérêt le sens qui fut donné à la liberté de religion dans l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*¹⁹. Dans cette affaire, une majorité de juges de la Cour suprême a retenu une conception « *personnelle et subjective* » de la liberté de religion. Le demandeur qui invoque cette liberté n'est pas tenu de prouver l'existence de quelque obligation, exigence ou précepte religieux objectif. Il doit simplement démontrer que le geste qu'il souhaite accomplir revêt *pour lui* un caractère religieux²⁰ ou spirituel. Ainsi n'est-il pas nécessaire de démontrer qu'une croyance repose sur un précepte religieux reconnu comme tel par des autorités religieuses, ou encore partagé par une majorité de croyants. Même une pratique qu'on serait tenté d'assimiler à une coutume ou à une tradition culturelle plutôt qu'à un précepte religieux semblerait protégée par la *Charte des droits et libertés de la personne*, dès lors que la personne qui s'en réclame entretient une conviction sincère quant à son caractère religieux²¹. Les tribunaux pourront toutefois statuer sur la sincérité de la croyance du demandeur lorsque cette sincérité est une question litigieuse : *Amselem*, par. 51. Par contre, s'enquérir de la sincérité du demandeur n'autorisera pas à porter un jugement sur la validité d'une croyance religieuse. La sincérité d'une croyance religieuse suppose une croyance qui est simplement « *honnête* », c'est-à-dire qui n'est « *ni fictive, ni arbitraire* » et qui « *ne constitue pas un artifice* » (par. 51 et 52 de la décision). La pratique religieuse antérieure du demandeur n'aura pas à être mise en preuve. En fait, les croyances religieuses pourront varier dans le temps chez un même individu, étant fluides et subjectives (par. 53 de la décision). Ainsi, le fait que la croyance reli-

occasionnelle. Selon la plaignante, ce changement de statut était un acte de discrimination fondé sur la religion, contraire aux dispositions du *Code des droits de la personne* de l'Ontario.

¹⁷ *Colombie-Britannique (Public Service Employees Relations Commission) c. B.C.G.S.E.U.*, précité.

¹⁸ Voir : J. WOEHRLING, *loc. cit.*, p. 364.

¹⁹ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551. En contravention des règles contenues dans une déclaration de copropriété divise, des Juifs orthodoxes avaient érigé, pendant la fête du Souccoith, des *souccahs* individuelles sur le balcon de leurs appartements.

²⁰ Selon la Cour, une religion « *s'entend typiquement d'un système particulier et complet de dogmes et de pratiques. En outre, une religion comporte généralement une croyance dans l'existence d'une puissance divine, sur-humaine ou dominante. Essentiellement, la religion s'entend de profondes croyances ou convictions volontaires, qui se rattachent à la foi spirituelle de l'individu et qui sont intégralement liées à la façon dont celui-ci se définit et s'épanouit spirituellement, et les pratiques de cette religion permettent à l'individu de communiquer avec l'être divin ou avec le sujet ou l'objet de cette foi spirituelle* » (*Amselem*, par. 39). En somme, les croyances religieuses se distinguent de celles dont la source est séculière ou sociale, ou qui sont une manifestation de la conscience personnelle de l'intéressé.

²¹ *Amselem*, par. 68. L'affirmation de la Cour sur ce point doit selon nous être nuancée. En effet, des restrictions liées à l'ordre public, aux valeurs démocratiques et au bien-être général des citoyens limitent nécessairement la portée et l'exercice de la liberté religieuse (art. 9.1 de la Charte). Ainsi, la pratique culturelle de l'excision, qui porte atteinte à l'intégrité de la personne, est-elle interdite à juste titre (*Code criminel*, art. 248), car elle va directement à l'encontre des principes reconnus par les chartes des droits, aussi bien en droit interne qu'en droit international. (Sur ce point, voir : COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *Les mutilations sexuelles : une atteinte illicite à l'intégrité de la personne* (1994) et Nations Unies, *Déclaration sur l'élimination de la violence contre les femmes*, A/Res/48/104 (1993)).

gieuse du demandeur soit en contradiction avec sa pratique antérieure ne pourra lui être reproché. On n'exigera pas non plus que la sincérité du demandeur soit attestée par un expert religieux qui viendrait témoigner des pratiques établies d'une religion. En somme, la notion de religion mise de l'avant dans cette affaire s'inscrit dans la foulée de décisions antérieures, qui mettaient déjà l'accent sur la sincérité personnelle de celui qui invoque la liberté de religion²². Sur le plan philosophique, comme le souligne la Cour (*Amselem*, par. 41), cette conception de la liberté de religion repose sur les notions de choix personnel, d'autonomie et de liberté de l'individu. Elle repose également sur une certaine idée des rapports entre l'État et les religions ou, plus précisément, entre l'État et les dogmes religieux. Cette idée est celle de la réserve que doit garder l'État face aux diverses interprétations possibles des textes sacrés : « *l'État n'est pas en mesure d'agir comme arbitre des dogmes religieux, et il ne devrait pas le devenir* » (par. 50).

La conception personnelle et subjective de la religion retenue par la Cour suprême dans *Amselem* paraît facilement transposable dans le contexte de l'accommodement raisonnable. S'y ajoute une définition de la liberté religieuse qui reconnaît non seulement une dimension intérieure (la liberté d'avoir des croyances religieuses) mais aussi une dimension extérieure (le droit de manifester celles-ci et de les mettre en pratique)²³. Considérée dans une perspective aussi large, l'obligation d'accommodement raisonnable peut être décrite comme une obligation de tolérance à l'endroit des diverses pratiques religieuses²⁴. En droit positif, c'est en se référant à cette obligation de tolérance que doivent s'apprécier les revendications visant, par exemple, l'observance d'une fête religieuse²⁵ ou d'un jour de repos²⁶, ou encore le port en public de vêtements ou couvre-chefs distinctifs²⁷. Il faut cependant s'interroger sur les limites de cette obligation pour en saisir la portée.

▪ *Quand l'accommodement devient déraisonnable*

L'obligation d'accommodement raisonnable comporte en effet sa propre limite. En matière religieuse comme en toute autre matière, cette obligation ne consiste pas à se plier inconditionnellement à tous les particularismes, individuels ou collectifs. Pour reprendre les termes du préambule de la *Charte des droits et libertés de la personne*, les droits et libertés sont inséparables des droits et libertés d'autrui, ainsi que du bien-être général. La Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse a tenu à insister sur cette nécessité de préserver le lien social, dans un document de réflexion portant sur le pluralisme religieux comme « *défi d'éthique sociale* ». La Commission en appelait alors à l'esprit de la Charte :

²² Voir notamment : *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Edwards Books and Arts*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284.

²³ Selon la définition mise de l'avant dans l'affaire *R. c. Big M Drug Mart*, précité, à la p. 336.

²⁴ En raison du caractère captif ou vulnérable de leur « clientèle », l'obligation d'accommodement raisonnable qui incombe à certaines institutions publiques peut, selon nous, aller au-delà de la simple tolérance. Ainsi, l'école publique, dont la « clientèle » est captive et vulnérable (et qui est tenue, en vertu de la loi, de « *faciliter le cheminement spirituel de l'élève* » (L.I.P., art. 36)), pourrait être tenue à certaines obligations positives à l'égard d'élèves ayant des besoins religieux particuliers. Un raisonnement semblable peut être tenu à propos des établissements de détention ou de certains établissements du réseau de la santé, dans la mesure où la « clientèle » de ces établissements est vulnérable (et, parfois au sens propre, captive). Ces établissements doivent remplir leurs fonctions en respectant les droits et libertés des personnes sous leur garde, notamment en tenant compte de leurs convictions religieuses. Voir : Nations Unies, *Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus*, reproduit dans *Droits de l'homme (recueil d'instruments internationaux)*, Doc. N.U. ST/HR/Rev.2 (1983), p. 81-89 (règle n° 6), ainsi que : COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *Le régime alimentaire des détenus de foi hébraïque : obligations des autorités carcérales* (1991).

²⁵ V.g., *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525.

²⁶ V.g., *Smart c. Eaton*, (1994) 19 C.H.R.R. D3446 (T.D.P.); *C.O.D.P. (O'Malley) c. Simpsons-Sears*, précité.

²⁷ Ces deux derniers exemples sont mentionnés dans l'*Observation générale (n° 22)* du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, consacrée à la liberté de religion (Doc. N.U., CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 4 (20 juillet 1993), par. 3. Pour une illustration en droit canadien, voir : *Grant c. Canada (Procureur général)*, [1995] 1 C.F. 158 (port du turban sikh au sein de la Gendarmerie royale du Canada).

« Cet esprit, c'est celui d'un contrat social stipulant que les libertés et droits individuels doivent être garantis par la volonté collective et, en contrepartie, s'exercer dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général.

[...]

À cet égard, nous semble-t-il, aucune solution valable, juste et réaliste à des conflits de droits ne saurait émerger de la tendance actuelle qui consiste à réclamer pour soi tous les droits et toutes les libertés, que l'on soit individu ou institution, sans se reconnaître aussi responsable d'aménager un espace commun, de renouer le lien social, afin d'en favoriser l'exercice pour tous.

[...]

S'agissant de religion, les droits et libertés peuvent rapidement se retrouver érigés en absolus sacrés qui imposeraient des contraintes à l'ensemble de la société. Or, si les limites des choix privés et les exigences du lien social de réciprocité ne sont pas affirmées, pratiquées, gérées par des citoyens et des institutions capables de consentir à des aménagements du quotidien sans s'abîmer dans d'interminables procès, il y a fort à parier que nous y perdrons au change.

C'est pourquoi nous croyons que le pluralisme religieux doit être traité comme toutes les autres formes de pluralisme et soumis aux limites fixées par les exigences de la vie en société. »²⁸

La Cour suprême ne disait pas autrement lorsque, tout en introduisant en droit canadien l'obligation d'accommodement raisonnable, elle s'exprimait ainsi :

« Dans toute société, les droits d'une personne entreront inévitablement en conflit avec les droits d'autrui. Il est alors évident que tous les droits doivent être limités afin de préserver la structure sociale dans laquelle chaque droit peut être protégé sans porter atteinte indûment aux autres. »²⁹

En droit, l'obligation d'accommodement trouve donc sa limite dans une notion centrale, celle de la « contrainte excessive ». Telle que définie initialement par la Cour suprême (du moins, dans le cadre de rapports employeur-employé), la notion de contrainte excessive faisait référence à deux facteurs seulement, soit les coûts de l'accommodement réclamé, ainsi que l'entrave à l'exploitation de l'entreprise³⁰. Un troisième facteur vint s'ajouter par la suite, soit l'atteinte aux droits des co-employés³¹. Christian Brunelle propose aujourd'hui la catégorisation suivante des facteurs qui sont pris en compte, soit par la jurisprudence, soit par la doctrine ou la loi, toujours dans le contexte des rapports de travail³². Comme on le constatera, la notion de contrainte excessive autorise le juge à tenir compte d'un assez large éventail de facteurs, il est vrai d'ordre assez prosaïque :

1) *Les limites des ressources financières et matérielles*

- le coût réel de l'accommodement demandé;

²⁸ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Le pluralisme religieux, un défi d'éthique sociale – Document soumis à la réflexion publique* (1995), p. 14.

²⁹ *C.O.D.P. (O'Malley) c. Simpsons-Sears*, précité, p. 554 et 555.

³⁰ *O'Malley*, précité, p. 555.

³¹ *Central Okanagan School Board District (N° 23) c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, précité.

³² Christian BRUNELLE, *Discrimination et obligation d'accommodement raisonnable en milieu de travail syndiqué*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 248-252.

- les sources extérieures de financement (prêts, subventions, crédits d'impôts et déductions fiscales, régime gouvernemental d'aide ou d'indemnisation, contribution personnelle de la victime de discrimination...);
- la nature de l'entreprise ou de l'institution (taille, composition de la main-d'œuvre, structure organisationnelle, structure de production, nature privée ou publique...);
- le budget d'opération total de l'entreprise (maison-mère et filiales réunies) ou de l'institution;
- la santé financière de l'entreprise ou de l'institution;
- la conjoncture économique;

2) *L'atteinte aux droits*

- les risques pour la santé ou la sécurité du salarié, de ses collègues ou du public en général;
- la convention collective;
- l'effet préjudiciable de l'accommodement sur les autres employés;
- les conflits de droits;

3) *Le bon fonctionnement de l'entreprise ou de l'institution*

- l'interchangeabilité relative des employés;
- l'adaptabilité des lieux, installations et équipements de travail;
- l'effet sur la productivité de l'entreprise;
- le nombre d'employés affectés par la mesure d'accommodement envisagée;
- l'effet bénéfique de l'accommodement sur les autres employés;
- la durée et l'étendue de l'accommodement ³³.

Dans son état actuel, ce cadre juridique reste insatisfaisant, au moins sous deux aspects. Premièrement, l'obligation d'accommodement raisonnable et le critère de la contrainte excessive ont été utilisés presque exclusivement dans un cadre bien précis, celui des rapports entre employeurs et salariés. Pourtant, l'obligation d'accommodement raisonnable n'est pas qu'affaire d'employeurs, de salariés et de syndicats. En effet, de plus en plus d'institutions publiques font l'objet de demandes d'accommodement en provenance de leur « clientèle ». Dans l'application de l'obligation d'accommodement raisonnable, il faut tenir compte de ce qui distingue ici une institution publique – laquelle a des responsabilités envers l'ensemble de la collectivité – d'un simple employeur. De ce point de vue, le jugement unanime rendu par la Cour suprême du Canada dans la désormais célèbre affaire du kirpan à l'école ³⁴ nous paraît exemplaire, que l'on partage ou non l'opinion de la Cour quant à l'issue du litige. (S'il est vrai que ce jugement de la Cour se fonde essentiellement sur la garantie constitutionnelle de la liberté religieuse, et non sur le droit à l'égalité proprement dit, la Cour se réfère à plusieurs reprises à la notion d'accommodement raisonnable, l'analogie avec cette notion étant jugée « utile » et « logique » ³⁵). Pressée de comparer le port du kirpan à l'école avec le port de ce symbole religieux dans d'autres contextes (un avion, un tribunal), la Cour a eu le souci de mettre en lumière la spécificité de l'école, laquelle constitue « un environnement unique », un « milieu de vie où enseignants et élèves sont appelés à collaborer dans le cadre de [la] mission éducative » ³⁶. La Cour n'a pas hésité à reconnaître l'importance de la sécurité pour un tel milieu, mais elle a voulu distinguer ce milieu « unique » des milieux mentionnés plus haut. D'autres que nous remettront en question, peut-être, la portée donnée à la liberté religieuse dans cette affaire, mais sachons reconnaître à la Cour le mérite d'avoir tenu compte de la mission éducative de l'école et de la nature de sa clientèle. La réalité particulière des institutions publiques pose en effet un défi, celui d'adapter la liste des facteurs permettant

³³ C. Brunelle, par contre, relève que d'autres éléments ne sont pas pris en considération, dont : les simples inconvénients administratifs, les préférences de la clientèle, la crainte de créer un précédent, ou encore la menace d'être exposé à un grief fondé sur une convention collective de travail et visant à empêcher la mise en œuvre d'un accommodement. Voir par exemple : *Central Okanagan School District (N° 23) c. Renaud*, précité.

³⁴ *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, 2 mars 2006.

³⁵ *Id.*, par. 53.

³⁶ *Id.*, par. 65.

d'apprécier si une contrainte est excessive, liste qui n'a d'ailleurs jamais été présentée comme étant exhaustive³⁷, à de telles institutions³⁸.

Deuxièmement, bien que l'obligation d'accommodement raisonnable repose sur l'une des valeurs qui sous-tendent les chartes des droits – l'égalité – les limites de l'accommodement raisonnable ont rarement été définies en se référant de façon explicite aux autres valeurs consacrées dans les chartes. Pour ce motif, il arrive que la légitimité des solutions juridiques fondées sur l'accommodement raisonnable soit remise en question. Cela semble être le cas, en particulier, lorsque l'égalité des sexes est un élément essentiel du débat³⁹. À cet égard, un deuxième défi auquel font actuellement face les « praticiens » de l'accommodement raisonnable (institutions, commissions des droits de la personne, tribunaux) nous semble être celui d'intégrer une préoccupation explicite pour ces valeurs fondamentales dans la mise en œuvre de l'obligation. En expliquant en quoi lesdites valeurs fondamentales sont mieux servies par l'accommodement raisonnable que par une politique de rejet ou d'exclusion, par exemple, l'on peut mieux asseoir la légitimité sociale de l'accommodement raisonnable. Pour faire une telle démonstration, il est cependant fort utile de se référer aux principes de philosophie politique qui sous-tendent l'accommodement raisonnable.

1.2 Accommodement raisonnable et principes de philosophie politique

L'accommodement raisonnable s'inspire de principes de philosophie politique « appliquée », principes qui sont à la base des modèles canadien et québécois de gestion de la diversité culturelle. Ce lien entre l'accommodement raisonnable et la philosophie politique reste généralement implicite dans le discours juridique, et particulièrement dans le discours judiciaire. Il n'en est pas moins réel et mérite d'être mis en lumière.

▪ *Le multiculturalisme canadien*

À l'échelle canadienne, la politique du multiculturalisme est souvent invoquée par les minorités pour obtenir de l'État qu'il accorde une reconnaissance institutionnelle à leurs particularités culturelles. À cet égard, la notion d'accommodement raisonnable, telle qu'élaborée par les tribunaux canadiens, s'accorde certainement avec les principes et l'esprit de la loi fédérale qui incarne cette politique, la *Loi sur le multiculturalisme canadien*⁴⁰, puisqu'elle vise à inscrire la différence culturelle des groupes minoritaires au cœur des institutions publiques et privées. L'accommodement repose sur une notion de citoyenneté, non plus uniformisante, mais « multiculturelle » et différenciée selon les particularismes socio-identitaires des individus et des groupes qui composent la société. D'après le politologue Will Kymlicka⁴¹, l'un des objectifs prioritaires du multiculturalisme canadien est d'atténuer, par la reconnaissance de « droits différenciés », les pressions assimilatrices que les institutions du groupe majoritaire exercent sur les groupes culturels minoritaires. En d'autres termes, le multiculturalisme canadien ne vise pas à empêcher l'intégration, mais plutôt à en redéfinir les conditions sur une base plus équitable.

³⁷ Les critères d'appréciation de la contrainte ne sont « pas coulés dans le béton », pour reprendre la formule de la Cour suprême dans *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, précité (à la p. 546).

³⁸ Toujours à propos de l'école, on notera – par exemple – que celle-ci est tenue de veiller au respect des dispositions législatives touchant la fréquentation scolaire obligatoire, le nombre de jours de classe, le contenu des programmes d'enseignement ou encore, la langue de l'enseignement. Ces éléments ont été considérés comme fondamentaux et non négociables par la Commission des droits de la personne dans son document de réflexion sur le pluralisme religieux (CDPDJ, *op. cit.*, p. 10).

³⁹ Voir ainsi, à propos du foulard islamique : Pierre BOSSET, « Le foulard islamique et l'égalité des sexes : réflexion sur le discours juridique institutionnel en France et au Québec », dans M. COUTU, P. BOSSET, C. GENDREAU, et D. VILLENEUVE (dir.), *Citoyenneté et droits fondamentaux*, Montréal, Éditions Thémis, 2000, p. 303-321.

⁴⁰ *Loi sur le multiculturalisme canadien*, L.R.C. (1985), c. 24 (4^e supp.).

⁴¹ Voir : Will KYMLICKA, *Multicultural Citizenship : A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1995; Will KYMLICKA, *La voie canadienne. Repenser le multiculturalisme*, Montréal, Boréal, 2003, p. 95.

La reconnaissance publique des normes de l'Autre part d'une prémisse voulant que l'armature juridico-politique dont s'est doté le groupe majoritaire n'est pas – n'a jamais été – culturellement neutre (contrairement à ce qu'affirment les philosophies libérales du droit, notamment celle, emblématique, de John Rawls⁴²). L'ordre juridique étatique porterait en effet profondément les marques de la culture majoritaire. Ainsi cette dernière, malgré son reflux dans la sphère privée sous l'influence de la bureaucratisation et de la laïcisation des structures étatiques, continuerait néanmoins d'irriguer les normes et les valeurs inscrites au cœur même d'une « culture publique commune » qui, en réalité, serait loin d'être purgée de tout particularisme culturel⁴³. Au contraire, cette culture publique commune, qu'appellent de leurs vœux les tenants de la nation « civique », tendrait à institutionnaliser une normativité qui épouse les intérêts et la vision du monde des groupes dominants, tels que le groupe ethnoculturel majoritaire, les hommes, les hétérosexuels et la classe « moyenne »⁴⁴. En d'autres termes, la « culture publique » qu'institutionnalise l'ordre juridico-politique étatique, loin d'incarner des valeurs et des normes universelles et transcendantes, serait plutôt le fruit de la colonisation de la sphère publique par la « culture commune » de certains groupes politiquement dominants. Une fois admise une telle prémisse, l'accommodement raisonnable, cette construction juridique dont a accouché le modèle canadien de gestion du pluralisme, devient nécessaire pour atténuer, dans un souci de justice sociale, le déséquilibre politique inévitable entre les cultures issues de l'immigration et la culture du groupe majoritaire.

Cependant, si la politique du multiculturalisme commande en effet l'octroi de modalités particulières d'exercice des droits aux membres des groupes ethnoculturels issus de l'immigration, elle n'autorise pas ces derniers à réclamer un pouvoir d'autodétermination collective semblable à celui que sont en droit de revendiquer, au sein de l'espace canadien, les minorités nationales telles que les nations autochtones et les Québécois. Le multiculturalisme canadien offre plutôt aux immigrants et à leurs descendants un cadre d'intégration qui soit suffisamment flexible pour « accommoder » leurs différences culturelles, et non une souveraineté politique, juridique et culturelle qui les soustrairait au contrôle de l'État, les rejetant du même coup en marge de l'espace citoyen⁴⁵. Au demeurant, dans son interprétation de la *Loi sur le multiculturalisme*, le gouvernement canadien met prioritairement l'accent, depuis quelques années, sur les notions de participation civique et d'égalité. En effet, les objectifs qui sous-tendent le multiculturalisme canadien ont peu à peu été recentrés autour de la promotion d'une citoyenneté partagée et de la lutte contre la discrimination systémique qui frappe les minorités visibles⁴⁶.

On l'aura donc compris, l'objectif politique qui sous-tend la notion d'accommodement dans le cadre du multiculturalisme canadien en est un d'intégration, et non de ségrégation. Le pari est le suivant : si l'on adapte les normes de régulation et de fonctionnement des institutions du groupe majoritaire afin qu'elles

⁴² John RAWLS, *Une théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1987. Pour Rawls, afin de préserver le principe d'égalité formelle qui est à la base du droit moderne, le droit étatique doit être produit sous un *voile d'ignorance*, c'est-à-dire en faisant abstraction des inscriptions sociales particulières et contingentes des individus. Notons cependant que la théorie rawlienne du droit, dans sa plus récente mouture (John RAWLS, *Political Liberalism*, New York, Columbia University, 1996), a été assouplie de manière à atténuer l'universalisme rigide que commandait initialement la notion de *voile d'ignorance*. Plus précisément, Rawls reconnaîtra que le droit se doit de prendre en considération, dans une certaine mesure, les particularismes socio-identitaires, sans quoi il risque de se transformer en broyeur et niveleur de différences.

⁴³ Jocelyn MACLURE, « Entre le culturel et le civique : les voies (accidentées) de l'accommodement raisonnable », (2005) 23 *Cités* 57-69.

⁴⁴ Iris Marion YOUNG, « Polity and Group Difference : A Critique of the Ideal Universal Citizenship », (1989) 99 *Ethics* 250-274.

⁴⁵ W. KYMLICKA, *op. cit.*

⁴⁶ Voir : PATRIMOINE CANADA, *Rapport annuel sur l'application de la Loi sur le multiculturalisme – 2003-2004*, Gouvernement du Canada, 2005, [En ligne] : http://www.patrimoinecanadien.gc.ca/progs/multi/reports/ann2003-2004/index_f.cfm.

puissent accueillir en leur sein le pluralisme ethnoreligieux de la société, les membres des minorités culturelles et religieuses seront davantage portés à participer au processus d'intégration citoyenne⁴⁷.

▪ *L'interculturalisme québécois*

L'accommodement raisonnable, en contexte québécois, repose lui aussi sur un pari en faveur du potentiel d'intégration que recèle la pleine participation aux institutions de la société d'accueil⁴⁸. Cependant, le modèle québécois d'intégration constitue un mode hybride de gestion du pluralisme culturel, qui tient à la fois du républicanisme à la française et du multiculturalisme de type anglo-saxon. Contrairement à la France, où la pluralité culturelle n'est tout simplement pas envisagée au sein de l'État-nation (lequel tend à asseoir la prééminence institutionnelle d'une culture unique et à ne reconnaître aucune autre expression identitaire dans la sphère publique⁴⁹), au Québec, l'intégration citoyenne se conjugue plus aisément avec le maintien de particularismes culturels et identitaires dans l'espace public. En 1990, le Québec a adopté l'*Énoncé de politique en matière d'immigration et d'intégration*, qui fixe les termes d'un « *contrat moral* » commun entre les immigrants et la société québécoise. Cette politique officielle, qui fait encore autorité en la matière, pose aux immigrants l'exigence de l'apprentissage du français comme langue commune, mais reconnaît en contrepartie le pluralisme identitaire et culturel, soit l'hétérogénéité de la nation québécoise⁵⁰. La reconnaissance du pluralisme s'inscrit dans les limites fixées par ce « *contrat moral* », qui définit clairement l'intégration citoyenne en termes de participation et d'appartenance à la vie collective publique. Plus précisément, la société québécoise est en droit de s'attendre à la participation pleine et entière des immigrants au sein des institutions socio-économiques, et assure en retour aux immigrants un accès aux institutions communes. L'*Énoncé de politique* pose ainsi les jalons d'une culture publique commune à laquelle les immigrants sont invités à adhérer⁵¹. Cela dit, il est souligné à plusieurs reprises dans le document que l'intégration et la participation citoyennes peuvent parfaitement coexister avec la préservation des particularités culturelles, mais dans les limites fixées par le cadre juridique et les valeurs démocratiques de la société québécoise. L'extrait suivant témoigne bien de cette orientation :

« À l'opposé de la société québécoise traditionnelle qui valorisait le partage d'un modèle culturel et idéologique uniforme par tous les Québécois, le Québec moderne s'est voulu, depuis plus de trente ans, résolument pluraliste [...]. La possibilité de choisir librement leur style de vie, leurs opinions, leurs valeurs et leurs appartenances à des groupes d'intérêts particuliers, à l'intérieur des limites définies par le cadre juridique, constitue d'ailleurs un des acquis de la Révolution tranquille [...]. La culture québécoise est ainsi une culture dynamique qui, tout en s'inscrivant dans le prolongement de l'héritage du Québec, se veut continuellement en mutation et ouverte aux différents apports. La Charte des droits affirme, de plus, « que les personnes ont le droit de maintenir et de faire progresser leur propre vie culturelle avec les autres membres de leur groupe. » Le sou-

⁴⁷ Voir : J. WOEHLING, *loc. cit.*, p. 398-401; Anne SARIS, *Les tribunaux religieux et le droit étatique*, Textes du Congrès 2005 du Barreau du Québec, 2005, p. 402-403.

⁴⁸ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Réflexion sur la portée et les limites de l'obligation d'accommodement raisonnable en matière religieuse*, *op. cit.*, p. 3-4; P. BOSSET, « Le foulard islamique et l'égalité des sexes : réflexion sur le discours juridique institutionnel en France et au Québec », *op. cit.*, p. 320; Yves LAFONTAINE, « Égalité et pluralisme dans les institutions publiques : le rôle de la Commission des droits de la personne », dans F. GAGNON, M. MCANDREW et M. PAGÉ (dir.), *Pluralisme, citoyenneté et éducation*, Paris, L'Harmattan, 1996, p. 228.

⁴⁹ Dominique SCHNAPPER, « La citoyenneté : perspectives historiques et théoriques. La conception de nation, Citoyenneté et société », La documentation française, *Les Cahiers Français*, mai-juin 1997, n° 281.

⁵⁰ Linda PIETRANTONIO, Danielle JUTEAU et Marie MCANDREW, « Multiculturalisme ou intégration : un faux débat », dans K. FALL, R. HADJ-MOUSSA et D. SIMEONI (dir.), *Les convergences culturelles dans les sociétés pluriethniques*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1996, p. 147-158.

⁵¹ MINISTÈRE DES COMMUNAUTÉS CULTURELLES ET DE L'IMMIGRATION (MCCI), *Au Québec pour bâtir ensemble. Énoncé de politique en matière d'intégration et d'intégration*, Gouvernement du Québec, 1990, p. 16-19.

tien que leur a consenti le Québec à cet égard, et ce, depuis plusieurs années, témoigne de son engagement en faveur du pluralisme. »⁵²

Cependant, et c'est fondamental, la politique québécoise prévoit explicitement que le maintien des différences culturelles, même dans le respect des lois et des valeurs démocratiques, ne doit pas se traduire par une fragmentation communautaire au sein d'îlots culturels se développant en vase clos :

« La position québécoise sur les relations interculturelles vise toutefois à éviter des situations extrêmes où différents groupes maintiendraient intégralement et rigidement leur culture et leurs traditions d'origine et coexisteraient dans l'ignorance réciproque et l'isolement. »⁵³

Le modèle québécois d'intégration ne se contente donc pas d'une citoyenneté de type minimaliste; il vise non pas simplement à favoriser l'épanouissement et la coexistence pacifique (en vase clos) des cultures minoritaires, mais également à amener ces dernières à se greffer à l'espace symbolique et institutionnel de la nation. Or, un régime de droits universellement partagés constitue le socle principal sur lequel repose l'intégration citoyenne. Bien entendu, en droit québécois, comme en droit canadien, toute règle d'application universelle peut, dans certaines limites, faire l'objet d'exceptions afin « d'accommoder » la différence culturelle des membres des groupes minoritaires. Dans cette perspective, il importe de reconnaître que les droits et les obligations qui découlent du modèle québécois de citoyenneté ne sont pas fixés une fois pour toutes. Bien que la *Charte des droits et libertés de la personne* en dessine les contours, leur contenu empirique évolue constamment au gré des luttes sociales et politiques menées par des groupes laissés en marge de l'espace citoyen (la lutte des femmes, la lutte des gais et lesbiennes, les luttes ouvrières, etc.)⁵⁴. Cependant, on peut déduire de l'*Énoncé de politique* que les demandes d'un droit à la différence portées par des groupes minoritaires doivent se traduire davantage par des réaménagements culturels et institutionnels de la société d'accueil, que par l'instauration de mécanismes parallèles de régulation opérant en dehors de la sphère publique. Cette dernière formule s'inscrirait en faux avec la politique officielle québécoise car elle risquerait de permettre aux différents groupes de « *maintenir intégralement et rigidement leur culture et leurs traditions* »⁵⁵. À titre d'exemple, la mise en place de régimes de droit familial privé opérant en marge des tribunaux civils constituerait une forme de ségrégation juridique qui serait foncièrement contraire aux fondements même de l'interculturalisme québécois.

2. LA RENCONTRE DU DROIT CIVIL ET DU DROIT RELIGIEUX : VERS UN DIALOGUE INTERNORMATIF ?

L'idée générale qui sera explorée dans cette deuxième partie est que l'esprit qui sous-tend la pratique de l'accommodement raisonnable pourrait nourrir le processus par lequel les juges des tribunaux civils décident et traitent certaines questions qui leur sont soumises. Il s'agirait alors pour les magistrats, non plus seulement de « *prescrire la modulation ou la modification d'une règle de droit dont l'application générale est indirectement discriminatoire pour les membres des groupes minoritaires* »⁵⁶, ce qui est l'objet de l'accommodement raisonnable, mais également de faire l'effort d'arrimer à leur lecture du droit étatique les catégories juridiques étrangères pouvant se retrouver, par exemple, au sein d'ententes contractuelles négociées entre parties. Une telle démarche suppose que les juges accordent aux ordres

⁵² MCCI, *ibid.*, p. 18-19 (les italiques sont de nous).

⁵³ MCCI, *ibid.*, p. 19.

⁵⁴ François ROCHER et Daniel SALÉE, « Libéralisme et tensions identitaires : éléments de réflexion sur le désarroi des sociétés modernes », (1997) 16(2) *Politique et Sociétés* 3-30; Jacques BEAUCHEMIN, « Le Sujet politique québécois : l'indicable "nous" », dans J. MACLURE et A.G. GAGNON (dir.), *Repères en mutation. Identité et citoyenneté dans le Québec contemporain*, Montréal, Éditions Québec Amérique, 2001, p. 205-221.

⁵⁵ MCCI, *op. cit.*, p. 19.

⁵⁶ J. MACLURE, *op. cit.*, p. 64.

juridiques pluriels qui font concurrence au droit étatique, non pas un poids égal bien sûr, mais plutôt une reconnaissance sélective et mesurée, c'est-à-dire dans le respect des lois et des chartes.

Les fondements d'une telle approche ne diffèrent pas, en substance, de ceux qui sous-tendent la politique et la philosophie du multiculturalisme ou celles de l'interculturalisme. Cependant, la prise en compte du droit religieux musulman, juif ou chrétien dans la régulation des rapports sociaux entre particuliers pousse un cran plus loin la logique de l'accommodement. Il s'agirait alors pour les juges de jeter des ponts avec des ordres normatifs parallèles, de manière à fonder ce que Kleinmans et Macdonald appellent un « dialogue internormatif »⁵⁷. Ce type de dialogue serait de nature à inciter les membres des minorités culturelles et religieuses à se conformer, de leur plein gré, aux décisions judiciaires en matière de droit familial, favorisant du même coup leur intégration citoyenne dans le cadre d'une « culture publique commune » fondée sur un régime unifié de droits civils et fondamentaux.

Une telle proposition nous amène à réfléchir sur le rapport qu'entretient le droit étatique avec les autres ordres normatifs qui opèrent, ou aspirent à opérer, une régulation de type juridique des rapports sociaux. Cette problématique a été largement explorée et débattue par les théoriciens du droit, principalement sous l'impulsion de l'école du « pluralisme juridique » qui, dès le début du 20^e siècle, allait ébranler la thèse – encore prédominante aujourd'hui – selon laquelle il n'existe aucune forme de juridicité en dehors du droit étatique⁵⁸. Dans les lignes qui suivent, nous retracerons à grand trait les termes généraux de ce débat, pour ensuite examiner comment il est possible d'en tirer profit dans le cadre de la présente réflexion.

2.1 Débats théoriques autour du pluralisme juridique

Au tournant du 20^e siècle, les représentations scientifiques du droit sont surtout produites par des juristes. Chez ces derniers domine une conception positiviste et moniste du droit, dont les assises théoriques furent véritablement consolidées avec la pensée du grand juriste autrichien Hans Kelsen. Pour ce dernier, le droit doit être envisagé de manière positiviste, dans la mesure où il constitue une construction normative formelle et rationnelle qui surplombe et subordonne les multiples normes sociales individuelles et collectives. Dans cette perspective, la règle juridique prend la forme d'une norme abstraite définissant a priori les interdits et les obligations auxquels doivent être soumis les acteurs interagissant en société. Le mode de régulation juridique ne peut donc souffrir les solutions et les arbitrages au caractère imprévisible, fluctuant et arbitraire; une situation sociale judiciarisée doit être régie par une norme univoque et préétablie qui, d'un cas à l'autre, sera appliquée de la même façon. De plus, la régulation juridique a un caractère résolument *politique*, en ce sens qu'à chaque règle de droit correspond une sanction qui, si elle est actualisée, prend la forme d'une action *coercitive* exercée sur tout individu dont le comportement enfreint la norme. Enfin, pour Kelsen, le droit a aussi un caractère moniste, c'est-à-dire que les normes ayant une valeur juridique émanent d'une seule instance sociétale qui détient le monopole exclusif de la production et de l'application des lois. Or, dit Kelsen, cette instance centrale correspond à la forme de l'État moderne. Par conséquent, l'ordre juridique a un caractère indivis et monolithique, dans la mesure où il n'existe pas de droit en dehors de l'État⁵⁹.

Le positivisme juridique kelsénien allait être sérieusement remis en question, dès le début du 20^e siècle, par certains penseurs généralement identifiés comme les principaux fondateurs de la sociologie du droit. Il s'agit en particulier d'Eugen Ehrlich, de Leon Petrazycky, et de Georges Gurvitch⁶⁰. La thèse contestée avec le plus de vigueur fut sans aucun doute celle du monisme juridique. En effet, pour la plupart des premiers so-

⁵⁷ Martha-Marie KLEINHANS et Roderick MACDONALD, « What is a Critical Legal Pluralism », (1997) 12(2) *Revue canadienne Droit et société* 39.

⁵⁸ Jean-Guy BELLEY, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », (1986) 18(1) *Sociologie et sociétés* 11-33.

⁵⁹ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Neufchâtel, Éditions de la Baconnière, 1953; Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, Armand Colin, 1972, 79-175; J.G. BELLEY, *loc. cit.*

⁶⁰ J.G. BELLEY, *loc. cit.*; Emmanuel MELLISARIS, « The More the Merrier? A New Take on Legal Pluralism », (2004) 13(1) *Social & Legal Studies* 57-79.

ciologues du droit, l'État ne constitue pas la seule source de droit dans la société, et se trouve même en concurrence avec une multitude d'autres ordres juridiques. Ainsi, pour Gurvitch – qui allait reprendre dans une version encore plus radicale les thèses développées à l'origine par Ehrlich –, aux côtés du droit étatique coexiste une multitude d'ordres juridiques produits par des « unités sociales » à vocation autant socioculturelle (ex. : groupes de parenté, communautés culturelles, groupes religieux, associations savantes ou professionnelles) qu'économique (coopérative de producteurs, coopératives de consommateurs, cogestion des entreprises, syndicats, conventions collectives, etc.). De plus, le droit, dit Gurvitch, n'est pas obligatoirement incarné dans des règles abstraites et formelles. Ainsi, Gurvitch considère comme du droit autant les règles fixant a priori et formellement la conduite des acteurs que les précédents judiciaires, les solutions particulières, les arbitrages, les compromis perpétuellement renégociés⁶¹.

Le pluralisme juridique pour le moins radical de Gurvitch a le désavantage de brouiller les frontières conceptuelles qui nous permettent de cerner, sur le plan ontologique, la spécificité de la norme juridique par rapport aux autres formes de normativités sociales et culturelles. À cet égard, la sociologie du droit de Max Weber offre une version beaucoup plus tempérée et opérationnelle du pluralisme juridique. Pour Weber, le droit moderne se caractérise essentiellement par son caractère politique. Plus précisément, un ordre normatif ne peut être considéré comme juridique que « lorsque la validité [des normes] est garantie extérieurement par la chance d'une contrainte (physique ou psychique) grâce à l'activité d'une instance humaine spécialement instituée à cet effet, qui force au respect de l'ordre et châtie la violation »⁶². En plus d'être politique, la régulation juridique au sens wébérien a aussi comme caractéristique d'être formelle et rationnelle. Plus précisément, elle s'exerce sur la base de règles abstraites définies a priori, et non selon des normes fluctuantes imprévisibles et arbitraires. La régulation juridique suppose donc un raisonnement déductif opérant à partir de normes fixées a priori. À ce stade, la définition retenue ici recoupe largement celle à laquelle souscrivent la grande majorité des positivistes juridiques. Plus précisément, une définition générique du droit devrait envisager ce dernier comme un phénomène davantage formel que spontané, et davantage politique que culturel⁶³.

Une question demeure cependant : quel rapport entretient le droit étatique avec les autres mécanismes de régulation normative – sociale, culturelle ou morale – qui fleurissent dans sa marge ? Il importe de reconnaître suite à Weber que, s'il n'existe pas d'ordres juridiques opérant complètement en marge du système juridique étatique, il existe un droit étatique pluraliste, pluriel et libéral, qui autorise la formation de plusieurs sources de régulation juridiques dotées d'un pouvoir législatif, administratif et judiciaire affranchi dans une large mesure – mais jamais complètement – de la tutelle de l'État. En d'autres termes, l'État contemporain, *bien que conservant encore sa pleine souveraineté juridique*, délègue à l'heure actuelle une partie de son pouvoir législatif, administratif et judiciaire aux groupes sociaux et aux organisations privées, qui se trouvent alors à participer au processus de production et d'application du droit. La perspective wébérienne du droit est sociologiquement plus appropriée pour rendre compte du fait que le néolibéralisme actuel favorise un pluralisme juridique davantage intra-étatique qu'extra-étatique. Ainsi, le droit privé contractuel (ex. : la convention collective, le contrat de vente, de mariage, l'entente de séparation, etc.), bien qu'il soit produit par des particuliers ou des groupes restreints, n'en demeure pas moins soumis à l'action unifiante et intégratrice du pouvoir étatique⁶⁴.

⁶¹ Georges GURVITCH, « Problèmes de sociologie du droit », dans G. GURVITCH, *Traité de sociologie*, tome II, Paris, Presses universitaires de France, 1968; J. CARBONNIER, *op. cit.*; J.G. BELLEY, *loc. cit.*

⁶² Max WEBER, *Économie et société*, tome I, Paris, Plon, 1971, p. 33.

⁶³ Max WEBER, *Max Weber on Law in Economy and Society*, Cambridge, Harvard University Press (passages d'*Économie et Société* choisis par Max Rheinstein), 1966; Max WEBER, *Économie et société*, tome I, Paris, Plon, 1971; Max WEBER, *Sociologie du droit*, Paris, PUF, 1986; J.G. BELLEY, *loc. cit.*

⁶⁴ M. WEBER (1966, 1986), *ibid.*; J.G. BELLEY, *loc. cit.*; Michel COUTU, « Le pluralisme juridique chez Gunther Teubner : La nouvelle guerre des dieux? », (1997) 12(2), *Revue Canadienne Droit et Société* 103-104.

2.2 Le droit étatique à l'épreuve du pluralisme juridique : obstacles systémiques

Si l'État opère une régulation largement décentrée des relations sociales, il reste que la prise en compte par les appareils législatif et judiciaire d'une normativité étrangère au droit étatique risque de se heurter à des obstacles de taille. En particulier, le droit étatique moderne, poussé par une puissante force d'inertie, tend à assurer sa reproduction sur un mode largement autoréférentiel. Une telle tendance a été très bien mise au jour par les théories systémiques du droit, notamment celles de Niklas Luhmann et de Gunther Teubner. Selon cette perspective, la société est composée de sous-systèmes (dont le système juridique) qui, chacun, est doté d'un « paradigme » opérant un découpage du monde de manière à traduire tous les objets du réel dans son propre langage communicationnel, fondé sur un code bipolaire. Ainsi, l'avortement sera codé par le système judiciaire dans les termes d'un « paradigme communicationnel » fondé sur l'opposition bipolaire légal/illégal. Par contre, le même phénomène sera davantage compris par le système religieux dans les termes d'un schéma bipolaire moral/immoral. Le code bipolaire dont est porteur le langage communicationnel du système fonde le caractère autoréférentiel de ce dernier, en fournissant une grille d'analyse rigoureuse et univoque qui permet la réduction de la complexité du réel. Et ces multiples paradigmes communicationnels sont incommensurables les uns par rapport aux autres; ils ne peuvent saisir le réel qu'à travers leur code spécifique. Il s'ensuit que chaque sous-système n'est que le produit de lui-même, qu'il s'autorégule au sein d'un espace clos et incompatible avec le « programme » des autres sous-systèmes qui, dès lors, lui sont inintelligibles. Ainsi, selon Luhmann, « *chaque système perçoit les autres non comme des systèmes, mais comme cette part de la complexité sociale qui ne se réduit pas conformément au code et aux programmes qui lui sont propres* »⁶⁵. On peut donc dire que chaque système ne peut envisager les autres systèmes de son environnement que comme des « boîtes noires » dont le contenu sémantique lui est inintelligible⁶⁶.

Ce qui ne veut pas dire que les différents sous-systèmes se reproduisent en l'absence de tout contact avec leur environnement extérieur. Au contraire, ils ne peuvent prendre conscience de leur identité propre que dans leur contact avec l'altérité. Le système est donc sensible aux événements prenant forme dans son environnement, mais cette sensibilité est conditionnée par son code communicationnel spécifique. De manière figurée, on peut dire que chaque système est doté, à ses frontières, d'un « tamis » qui filtre sélectivement les informations issues des systèmes environnants de manière à retraduire chacune d'elles dans les termes de son paradigme communicationnel. La clôture autoréférentielle du système contrôle donc les rapports que ce dernier entretient avec son environnement⁶⁷.

2.3 Le droit étatique comme filtre « intelligent » du pluralisme juridique

La perspective systémique rend bien compte des réticences des acteurs du système juridique à accorder une reconnaissance légale aux catégories normatives étrangères, notamment religieuses. En effet, « *le système juridique connaît [...] un conflit permanent entre le droit étatique et les ordres juridiques pluriels de la société [...]. La conciliation des conflits de rationalité liés au déploiement du pluralisme juridique nécessite leur recomposition préalable en référence à la logique systémique spécifique [...] à laquelle se rattachent les ordres juridiques autonomes* »⁶⁸. En d'autres termes, l'ouverture du droit étatique au pluralisme juridique est possible, mais à condition que les normes non étatiques en quête de reconnaissance légale soient décomposées et retraduites dans le langage « programmatique » du système juridique. Le pluralisme juridique envisagé de la sorte serait particulièrement bien adapté pour fonder des pratiques d'internormativité dans le cadre du système québécois de droit familial, qui commande un contrôle judiciaire systématique et rigoureux des ententes de séparation et de divorce afin d'en vérifier la conformité avec les lois et les Chartes.

⁶⁵ Juan-Antonio GARCIA-AMADO, « Introduction à l'œuvre de Niklas Luhmann », (1989), *Droit et société* 11-12, 29.

⁶⁶ J.A. GARCIA-AMADO, *ibid.*; Dimitri MICHAILAKIS, « Law as an Autopoietic System », (1995), 38 *Acta Sociologica*, 323-337; Michel COUTU, « Contrat et autoréférence en droit suivant Gunther Teubner : une "méprise constructive" », (1998) 40 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1-46; E. MELLISARIS, *loc. cit.*

⁶⁷ M. COUTU, *ibid.*, p. 17; D. MICHAILAKIS, *ibid.*, p. 329; E. MELLISARIS, *ibid.*, p. 62.

⁶⁸ M. COUTU, *ibid.*, p. 17.

Les théories systémiques du droit sont par contre inadaptées pour bien saisir les mécanismes symboliques qui permettent de jeter des ponts internormatifs entre le droit étatique et les autres ordres normatifs de la société. Plus précisément, les théories systémiques tendent à réduire la norme juridique à une forme discursive vide, c'est-à-dire désubstantialisée et fondée sur une rationalité purement formelle. Or, la norme juridique n'est pas que cela. Certaines normes juridiques sont davantage porteuses de *valeurs sociales et morales*, alors que d'autres obéissent à une logique plus strictement instrumentale⁶⁹. Les normes juridiques issues du droit familial privé sont généralement plus proches de la première catégorie. Ainsi, les contrats de mariage et les ententes de séparation relèvent clairement d'un type de contrats que Ian R. Macneil qualifie de « relationnel »⁷⁰. Contrairement au contrat transactionnel, orienté vers un échange purement économique et instrumental, le contrat relationnel constitue un mode d'organisation d'une relation de longue durée entre deux acteurs désireux de coopérer en vue d'un projet commun. De plus, à l'opposé du contrat transactionnel, le contrat relationnel est davantage irrigué par le système de valeurs sociales et culturelles partagées intersubjectivement par les contractants⁷¹. En d'autres termes, le contrat relationnel n'est pas produit dans un *vacuum social*. Il intègre et porte au contraire la marque des valeurs socioculturelles qui ont présidé à son élaboration⁷².

Dans cette perspective, les juges appelés à décoder une normativité programmée dans un langage qui leur est « étranger », religieux par exemple, devraient alors s'attacher à en extraire la substance symbolique – c'est-à-dire les objectifs, les orientations morales et les valeurs sous-jacentes – afin de rechercher de possibles équivalences dans le droit étatique. Comme le remarque Alain Roy : « *sensible aux phénomènes d'internormativité, le professionnel du droit [...] ne trouvera plus exclusivement les réponses aux problèmes qui lui sont soumis dans la loi et la doctrine officielle; il les repérera à travers le vécu des partenaires, leurs coutumes, leurs valeurs et leur environnement* »⁷³. Comme on le voit, la reconnaissance – sélective et mesurée – du droit religieux par les tribunaux civils exige des juges une familiarité minimale avec le système socioculturel dans lequel les normes religieuses s'inscrivent et prennent leur sens.

2.4 Un exemple de dialogue internormatif encadré par la loi : le cas du divorce juïque

Dans les lignes qui suivent, nous illustrerons à l'aide d'un exemple le type d'interfaces juridiques qui peut exister, en pratique, entre le droit religieux et le droit civil. L'exemple en question concerne une disposition méconnue de la *Loi sur le divorce*⁷⁴, l'article 21.1, qui permet au juge d'intervenir indirectement sur un aspect spécifique des procédures du divorce religieux juïque.

La prise en compte par le droit étatique des spécificités normatives du droit religieux ne peut trouver meilleure illustration que dans le cas du divorce juif. Dans la religion juive, contrairement à la religion catholique, le mariage n'est pas un sacrement ordonné par les autorités religieuses, mais plutôt une entente contractuelle passée entre deux partenaires. Conséquemment, le divorce juif résulte lui aussi d'un accord contractuel entre les deux parties, qui doivent convenir mutuellement de « résilier » leur contrat de mariage. Mais pour que le divorce soit valide, c'est l'époux qui doit remettre un acte de divorce – appelé *Guet* – à son épouse, qui elle, doit l'accepter (le rôle du rabbin demeure limité à superviser et à entériner

⁶⁹ En réalité, chaque norme juridique incarne, à des degrés divers, un mélange des deux types de rationalité (morale et formelle-instrumentale).

⁷⁰ Ian R. MACNEIL, « Values in Contract : Internal and external », (1983) 78(2) *Northwestern University Law Review* 340-382.

⁷¹ Notons que Macneil ne s'intéresse qu'aux contrats par lesquels des acteurs coopèrent en vue de bâtir et d'asseoir une relation. Mais on peut aisément déceler la même « injection » de valeurs sociales dans les contrats par lesquels des partenaires négocient et coopèrent en vue de dissoudre une relation.

⁷² I. MACNEIL, *loc. cit.*; M. COUTU, *loc. cit.*, p. 30-32; Alain ROY, « Le contrat en contexte d'intimité », (2002) 47 *Revue de droit de McGill* 861-869.

⁷³ A. ROY, *ibid.*, p. 875.

⁷⁴ *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), c. 3 (2^e supp.).

les procédures). Le divorce juif repose donc sur un accord mutuel dont chacune des parties détient la clef.

Hormis le fait qu'une femme n'est pas autorisée à être l'instigatrice du divorce, un tel cadre normatif pourrait, a priori, paraître égalitaire. Cependant, un examen des rapports sociaux de sexe dans lequel s'inscrit le divorce juif révèle un déséquilibre des forces qui joue à l'avantage des hommes. En effet, suite à une rupture *de facto* du lien conjugal, le refus d'un homme d'accorder le *Guet* à sa femme peut avoir des conséquences dramatiques pour cette dernière. En effet, une femme séparée sans être divorcée, c'est-à-dire sans avoir obtenu le *Guet*, devient une *agunah* – qui signifie littéralement en hébreu « femme enchaînée » –, et sera alors dans l'impossibilité de se remarier religieusement. De plus, si cette femme entre ultérieurement dans une relation de concubinage avec un autre homme, elle sera reconnue coupable d'adultère par les autorités religieuses, et les enfants qui résulteront de cette union, ainsi que toutes les futures générations issue de sa lignée, seront considérés comme des *mamzerim*, c'est-à-dire des bâtards. Au regard du droit religieux, les descendants d'une *agunah* ne peuvent se remarier religieusement, sauf avec un converti ou avec un autre *mamzerim*⁷⁵.

L'importance capitale que revêt socialement le *Guet* pour les femmes juives⁷⁶ conduit certains hommes à l'utiliser comme monnaie d'échange afin d'obtenir de la part de leur ex-femme des concessions indues et abusives lors des procédures de divorce civil. En effet, il arrive que le mari pose comme condition à l'octroi du *Guet* que son ex-épouse renonce, dans le cadre de l'entente négociée qui fixera les mesures accessoires du divorce civil, à certains de ses droits en matière de garde des enfants, de pension alimentaire, de prestations compensatoires et de séparation des biens⁷⁷. Cette forme de chantage, qui affecte surtout les femmes, a été portée à l'attention du gouvernement canadien dans les années 1980 par des rabbins et des ONG juives – dont plusieurs groupes de défense des droits des femmes⁷⁸. Pour remédier à ce problème, en juin 1990, le législateur fédéral a fait ajouter l'article 21.1 à la *Loi sur le divorce* afin de donner aux tribunaux un moyen d'éviter que le *Guet* ne soit utilisé comme instrument de chantage par l'un des époux⁷⁹. Cette disposition permet au tribunal de rejeter « toute demande, affidavit ou autre acte de procédure déposé par un époux » tant que celui-ci refuse de supprimer « tout obstacle,

⁷⁵ John T. SIRTASH, *Religion and Culture in Canadian Family Law*, Toronto, Butterworths, 1992; Michelle GREENBERG-KOBRIN, « Civil Enforceability of Religious Prenuptial Agreements », (1999) 32(4) *Columbia Journal of Law and Social Problems* 359-399; Adrienne BARNETT, « Getting a "Get" – The Limits of Law's Authority? N. v. N. (Jurisdiction : Pre-Nuptial Agreement) [1999] 2 F.L.R. 745 », (2000) 8(2) *Feminist Legal Studies* 241-254.

⁷⁶ Inversement, un mari séparé qui est dépourvu de *Guet* (soit parce qu'il a refusé de l'accorder ou parce que sa femme ne l'a pas accepté) peut refaire sa vie avec une autre femme sans subir des inconvénients de la même ampleur. Ainsi, si un mari séparé, mais non divorcé, cohabite avec une nouvelle femme, sa relation ne sera pas considérée comme adultérine (bien que certains rabbins orthodoxes puissent refuser de célébrer son remariage), et les enfants issus de cette nouvelle union pourront se marier dans la religion juive, n'étant pas considérés comme *Mamzerim* (A. BARNETT, *ibid.*, p. 243).

⁷⁷ J. SIRTASH, *op. cit.*; M. GREENBERG-KOBRIN, *loc. cit.*; A. BARNETT, *loc. cit.*

⁷⁸ Alerté par des groupes communautaires et religieux juifs, le ministre de la Justice de l'époque chargea l'organisme *B'nai Brith* de mener une vaste enquête nationale auprès de la population juive canadienne afin d'évaluer l'ampleur du problème et, le cas échéant, l'opportunité de recourir à des mesures législatives pour y remédier. L'étude permit de répertorier 311 cas de divorces religieux retardés à cause du refus d'un des époux d'accorder ou d'accepter le *Guet*. Sur ces 311 divorce religieux en suspens, les auteurs identifièrent : 26 cas où le *Guet* faisait l'objet d'un chantage dans le cadre des négociations relatives à la garde des enfants; 148 cas où le *Guet* était utilisé par l'un des époux comme instrument de vengeance; 86 cas où une partie se servait du *Guet* comme monnaie d'échange pour arracher à l'autre partie des concessions abusives concernant les pensions alimentaires, les prestations compensatoires ou la séparation des biens; et 51 cas qui constituaient un mélange des trois scénarios sus-mentionnés. Il s'avéra également que, sur ces 311 procédures de divorce retardées, 148 l'étaient parce que l'homme refusait d'accorder le *Guet* à sa femme, alors que 93 l'étaient parce que la femme refusait d'accepter le *Guet*. Voir : J. SIRTASH, *op. cit.*, p. 121; Norma JOSEPH, « Jewish Women in Canada : an Evolving Role », dans R. KLEIN et F. DIMANT (dir.), *From Immigration to Integration. The Canadian Jewish Experience. A Millennium Edition*, 2001, p. 188-189.

⁷⁹ L.C. 1990, c. 18 (art. 2).

dont la suppression dépend de lui, au remariage de l'autre époux au sein de sa religion » (L.D., 21.1 (2)(d). Cet article a en fait été expressément adopté par le législateur dans le but de permettre au tribunal de suspendre les procédures de divorce civil tant que le *Guet* n'aura pas été octroyé par l'époux, ou encore accepté par l'épouse⁸⁰.

Depuis son adoption en 1990, l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce* – dont les seuls équivalents se retrouveraient dans la *Loi sur le droit de la famille* d'Ontario⁸¹ et dans le *Domestic Relations Law* de l'État de New York⁸² – a été appliqué et interprété à quelques reprises par les tribunaux canadiens. Dans une décision de 1995⁸³, le juge Tannenbaum refusait, en vertu de l'article 21.1, d'accueillir la demande en divorce d'un homme de confession juive. Après avoir rappelé que les femmes de confession juive ne peuvent se remarier sans avoir obtenu un *Guet* de la part de leur ex-mari, le juge Tannenbaum écrit :

“It is not too difficult to imagine that the above situation has, over the years, led to many instances where the treat [*sic*] of withholding consent has forced many women into accepting unfair agreements with respect to either custody, access, or financial arrangements in the civil divorce. With respect to people of the Jewish faith who are divorcing, section 21.1 of the Divorce Act is a way of levelling the playing field. The Jewish husband who threatens to withhold consent is subject to being denied the right to petition for corollary relief or even a civil divorce itself (p. 730-731).”

En l'espèce, le juge, estimant que le refus du mari d'accorder le divorce religieux à sa femme constituait une forme de chantage en vue d'obtenir des concessions avantageuses en matière de garde, d'accès ou d'aliments, décida, en vertu de l'article 21.1, de suspendre les procédures tant que le *Guet* n'aurait pas été octroyé. Cet arrêt semble avoir rapidement fait jurisprudence, tant dans son argumentation que dans ses conclusions, comme en témoignent deux jugements rendus ultérieurement par la Cour supérieure du Québec, soit *H. (K.) c. S. (J.)*⁸⁴ et *A.D. c. J.P.*⁸⁵. Dans ces deux affaires, le tribunal a rejeté les actes de procédure déposés par le mari en vue d'obtenir un divorce civil tant que ce dernier n'aurait pas supprimé les obstacles au remariage de son épouse dans sa religion.

Cela dit – on l'a évoqué dans l'introduction – il existe une tendance, chez certains juges, à refuser de se prononcer sur des questions litigieuses à caractère religieux. Ainsi dans *Marcovitz c. Brucker*⁸⁶, une femme juive réclamait des dommages compensatoires à son ex-mari, au motif que celui-ci avait attendu quinze ans avant de s'acquitter de son obligation, contractée dans leur entente de séparation (négociée à l'amiable et approuvée par un juge), de lui accorder le *Guet* suite au prononcé du divorce civil. Après avoir initialement gagné sa cause en Cour supérieure, la demanderesse fut déboutée en Cour d'appel.

⁸⁰ Voir à ce sujet : Benoît MOORE, « Le droit de la famille et les minorités », (2003-4), *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 238-239.

⁸¹ La loi ontarienne va encore plus loin que la loi fédérale. Il y est prévu, à l'article 56(5), que le tribunal a le pouvoir, suite à une requête, « d'annuler en tout ou en partie l'accord de séparation [...] s'il est convaincu que le retrait par l'un des conjoints d'obstacles qui empêcheraient le remariage de l'autre conjoint au sein de la religion de ce dernier était un motif dans la conclusion de l'accord. » *Loi sur le droit de la famille*, R.S.O. 1990, c. F-3, art. 56(5).

⁸² Adoptée en 1980, la première « loi du *Guet* » new-yorkaise permet au tribunal de suspendre les procédures de divorce tant qu'un époux n'a pas levé les obstacles au remariage religieux de l'autre époux (voir *N.Y. Dom. Rel. Law*, art. 253). En 1992, une seconde « loi du *Guet* » fut adoptée, permettant cette fois au tribunal d'augmenter, à titre punitif, les montants de la pension alimentaire versé par l'époux qui refuse de supprimer les obstacles au remariage religieux de son ex-conjoint. Voir : *N.Y. Dom. Rel. Law*, art. 236 B5 (5) (h) et 6 (d). Pour plus de détails, voir : M. GREENBERG-KORBIN, *loc. cit.*

⁸³ *Droit de la famille* – 2296, [1995] R.D.F. 728 à 731.

⁸⁴ *H. (K.) c. S. (J.)*, REJB 2000-17013 (C.S.).

⁸⁵ *A.D. c. J.P.*, C.S. Montréal, n° 500-12-25913-017, 5 février 2004, j. Hurtubise, [En ligne] : <http://www.jugements.qc.ca/php/decision.php?liste=13806290&doc=57455A59561B0219>.

⁸⁶ *Marcovitz c. Brucker*, précité.

Bien que la Cour ait conclu qu'en l'espèce, l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce* était non applicable pour des raisons procédurales⁸⁷, elle a cru bon d'ajouter que, de toute manière, un tribunal civil ne pouvait ordonner l'exécution d'une clause contractuelle à caractère religieux. À un premier niveau d'analyse, la Cour d'appel, citant à l'appui l'arrêt *Amselem*⁸⁸, retient l'argument du défendeur selon lequel une partie peut déroger à une obligation contractuelle (en l'occurrence l'obligation d'accorder le *Guet*) si elle estime que cette dernière restreint sa liberté religieuse. Il nous semble cependant que la Cour omet ici de considérer que la liberté religieuse du mari de ne pas accorder le divorce restreint aussi la liberté religieuse de son épouse de se remarier dans sa religion. De plus, s'il est vrai que, dans *Amselem*, la Cour suprême considère qu'il n'est pas du ressort des tribunaux d'évaluer si les croyances religieuses des individus ont un fondement doctrinal objectif, elle estime néanmoins qu'il appartient aux tribunaux de statuer sur la sincérité de la croyance du demandeur, lorsque cette sincérité est effectivement une question litigieuse. Elle ajoute également, nous l'avons vu, que dans l'appréciation de la sincérité, le tribunal doit uniquement s'assurer que la croyance religieuse invoquée est avancée de bonne foi, qu'elle n'est ni fictive ni arbitraire et qu'elle ne constitue pas un artifice⁸⁹. Or, dans l'affaire *Marcovitz*, la prétention du défendeur selon laquelle son refus d'accorder le divorce à sa femme était fondé sur des croyances religieuses sincères, aurait pu être raisonnablement mise en doute par le tribunal.

L'autre argument avancé par la Cour d'appel dans *Marcovitz* est que, « *parce que l'obligation de l'ex-mari est, sur le fond, de nature religieuse [...], un manquement allégué à cette obligation n'est pas susceptible d'exécution par les tribunaux séculiers [...]. Manifestement, ce n'est pas le rôle des tribunaux séculiers de pallier les effets discriminatoires qu'une femme juive risque de subir faute d'avoir obtenu le Guet* »⁹⁰. Un tel raisonnement peut sembler paradoxal dans la mesure où, bien que non applicable en l'espèce, l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce* vise précisément à pallier ce type d'effets discriminatoires. De manière plus générale, de par sa simple existence, l'article 21.1 suggère que des rapports entre particuliers peuvent faire l'objet d'une « juridicisation » en dépit de leur fondement normatif religieux. Par contre, dans *Marcovitz*, c'est à juste titre que le juge souligne que, pour être exécutable, une obligation contractuelle incluse dans une entente de séparation doit « *être directement liée à un sujet sur lequel les tribunaux rendent des ordonnances de mesures accessoires* »⁹¹. Or, il est vrai que, n'était-ce de l'article 21.1, une obligation contractuelle engageant une partie à accorder à l'autre le divorce religieux pourrait être considérée comme étrangère au champ des conséquences du divorce qui intéressent la loi. C'est d'ailleurs précisément la raison pour laquelle il aura fallu un amendement législatif qui, en rendant justiciable la question de l'attribution du divorce religieux, allait conférer aux tribunaux la compétence nécessaire pour agir.

⁸⁷ Pour que l'article 21.1 eut été opérant, il aurait fallu que, lors des procédures de divorce, l'épouse ait déposé auprès du tribunal un affidavit indiquant qu'elle avait supprimé les obstacles au remariage religieux de son époux, et que celui-ci n'avait pas fait de même après qu'elle lui en ait fait la demande par écrit (articles 21.1 (2) de la *Loi sur le divorce*). Comme le divorce avait été prononcé en 1980, alors que l'article 21.1 n'existait pas encore, l'épouse n'avait évidemment pas cru bon de satisfaire à ces exigences procédurales à l'époque.

⁸⁸ *Amselem c. Syndicat Northcrest*, précité (v. section 1.1, plus haut).

⁸⁹ Dans un même ordre d'idée, l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce* aurait pu prêter le flanc à une contestation constitutionnelle au motif qu'il restreint la liberté religieuse, n'eût été de l'ajout du paragraphe 21.1(4) (a), conçu expressément par le législateur pour prémunir l'État contre ce type d'attaque. En vertu de cette disposition, le tribunal peut renoncer à se prévaloir de son pouvoir de suspendre les procédures de divorce civil si une partie prouve que son refus de supprimer les obstacles au remariage religieux de son ex-conjoint(e) repose sur des « *motifs sérieux, fondés sur la religion ou la conscience* ». Dans l'esprit du législateur, l'exigence de motifs religieux « sérieux » vise à reconnaître la liberté de conscience religieuse, mais seulement dans la mesure où celle-ci n'est pas invoquée de mauvaise foi, ou pour extorquer à l'autre conjoint des concessions abusives en matière d'aliments, de garde, d'accès et de séparation des biens. Voir : B. MOORE, *loc. cit.*, p. 239.

⁹⁰ *Marcovitz c. Brucker*, précité, par. 76 (notre traduction). Notons que le 27 avril 2006, la Cour suprême du Canada autorisait l'appel de la décision rendue par la Cour d'appel dans cette affaire (31212). La principale question litigieuse qui sera examinée par les juges consistera à déterminer si une obligation morale ou religieuse peut être convertie en une obligation civile lorsqu'elle est inscrite dans un contrat.

⁹¹ *Id.*, par. 85 (notre traduction).

On le voit bien à travers cet exemple, la création d'une internormativité entre droit étatique et droit religieux est grandement facilitée lorsque les juges disposent d'un outil législatif qui codifie et formalise le rapport entre les ordres juridiques civils et religieux. En l'espèce, cette interaction normative a été jugée nécessaire par le législateur dans la mesure où la non-intervention de l'État dans le mécanisme régulateur du divorce religieux risquait de compromettre un principe directeur à la base de la régulation étatique du divorce, soit celui de l'égalité des sexes. En effet, l'utilisation du *Guet* par certains hommes juifs comme outil de marchandage en vue de pousser leur ex-épouse à renoncer à ses droits civils et constitutionnels en matière de mesures accessoires du divorce, justifiait une intervention législative.

L'article 21.1 participe d'un pluralisme juridique éclairé qui, loin d'être guidé par un relativisme culturel débouchant sur une reconnaissance systématique du droit religieux, est au contraire pratiqué dans le cadre des objectifs, des valeurs et des normes inscrites dans le droit civil et les Chartes des droits. Loin d'être univoques et homogènes, les « traditions » culturelles et religieuses invoquées pour justifier des demandes d'accommodement font l'objet d'interprétations multiples reflétant les intérêts et la sous-culture de groupes sociaux particuliers au sein du groupe ethnoculturel minoritaire⁹². L'État – tant à travers son bras législatif que judiciaire – se doit donc d'aborder avec un regard critique les différentes lectures interprétatives du droit religieux, de manière à ne cautionner que celles qui vont dans le sens des objectifs recherchés par les cadres législatifs et constitutionnels. En adoptant l'article 21.1, le législateur a décidé d'entériner la lecture féministe et progressiste du droit juidaïque proposée par des groupes de femmes et de rabbins soucieux de permettre aux femmes juives de mener à armes égales les négociations avec leur ex-conjoint destinées à fixer les mesures accessoires du divorce.

Cet exemple rappelle également que la régulation étatique de la diversité culturelle et religieuse a tout intérêt à s'effectuer, prioritairement, sur un mode politique. Il s'agit presque d'un lieu commun d'affirmer qu'une politisation abusive du judiciaire fait entorse aux principes élémentaires de la démocratie parlementaire. On ne peut manquer de relever, notamment, le manque de représentativité de la magistrature qui, étant un corps non élu, ne dispose pas de toute la légitimité (et la compétence) nécessaire pour se poser en arbitre des normes ethnoculturelles en quête de reconnaissance institutionnelle. De plus, l'exercice d'un pouvoir à caractère politique par le judiciaire se trouve à escamoter une étape nécessaire du processus démocratique, à savoir celle du débat public où s'affrontent, sur un mode dialogique, diverses idées et discours antagoniques ayant cours dans la société⁹³. En l'espèce, le processus de traduction entre droit religieux et étatique ayant mené à l'adoption de l'article 21.1 a résulté d'un dialogue internormatif soutenu entre les acteurs politiques et des représentants (choisis) de la communauté juive.

CONCLUSION

Il n'est pas facile de situer le Québec et le Canada sur la gamme des rapports entre État et religion... à supposer qu'une telle gamme, unidimensionnelle, existe. Si on s'en tient aux seuls rapports organiques entre l'État et les religions, on se satisfera probablement de constater non seulement qu'aucune religion d'État n'existe chez nous – pour reprendre la formule, déjà ancienne, de la Cour suprême – mais aussi que l'État est constitutionnellement tenu à une certaine obligation de neutralité religieuse qui l'empêche de s'associer à une religion donnée ou encore de lui fournir sa caution, par exemple en reprenant à son compte les préceptes propres à cette religion⁹⁴. En revanche, dès qu'on quitte le terrain déjà balisé des rapports organiques pour s'intéresser plutôt à la prise en compte des pratiques religieuses individuelles

⁹² Voir à ce sujet : Susan M. OKIN, « Is Multiculturalism Bad for Women », dans J. COHEN, M. HOWARD et N. NUSBAUM (dir.), *Is Multiculturalism Bad for Women? Susan Moller Okin with Respondents*, Princeton, Princeton University Press, 1999, p. 1-24.

⁹³ Robert VANDYCKE, « Les droits de l'homme et leurs modes d'emploi : à propos de la charte constitutionnelle de 1982 », (1986) 18(1) *Sociologie et Sociétés* 147-148.

⁹⁴ Ainsi, dans *Big M Drug Mart*, précitée, une loi d'inspiration chrétienne (l'antique *Loi sur le dimanche*) fut déclarée inopérante parce qu'elle portait atteinte à la liberté de religion garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés* en reprenant à son compte un précepte chrétien. Cette loi a été abrogée depuis.

dans l'espace public, on constate que notre droit se veut « accommodant » (dans la mesure du raisonnable) envers cet exercice individuel. Comme nous l'avons vu, une obligation de tolérance à l'endroit des pratiques religieuses est inhérente au droit à l'égalité, tel que ce dernier est conçu et appliqué par les tribunaux québécois et canadiens depuis maintenant deux décennies. Sur ce point, malgré les différences qui, à tout le moins sur le plan théorique, interdisent d'assimiler sans nuances les modèles québécois et canadien de gestion de la diversité culturelle, le Québec et le Canada ont bel et bien une posture commune, qui les distingue de celle de la France, où une conception stricte de la « laïcité » a conduit à interdire certaines manifestations individuelles d'appartenance religieuse au sein de la sphère publique⁹⁵.

Encore embryonnaire dans le droit positif, la pratique d'un « dialogue internormatif » entre le droit étatique et celui des religions pousserait plus loin la logique de l'accommodement raisonnable et nous mènerait sur le terrain du pluralisme juridique. L'approche suggérée ici exigerait des magistrats que, au lieu de refouler les normes religieuses à la porte des tribunaux au nom de la laïcité – un argument peu convaincant, au demeurant, en droit canadien –, ils s'assurent plutôt que lesdites normes soient conformes aux principes qui sous-tendent les cadres législatif et constitutionnel. Une telle forme d'internormativité suppose que le droit religieux soit compatible de par ses objectifs, et surtout de par ses résultats, avec l'ordre juridique étatique. On peut faire l'hypothèse qu'un pluralisme juridique ainsi compris serait de nature à réduire substantiellement le pouvoir d'attraction que peut exercer actuellement sur certains croyants l'arbitrage religieux qui a cours clandestinement au sein de certaines communautés religieuses. De plus, pour de nombreux immigrants récents socialisés dans une culture juridique imprégnée de normativité religieuse, un mode de régulation judiciaire qui ne soit pas réfractaire a priori aux rencontres (dûment encadrées) entre droit civil et religieux, constituerait une formule hybride à même de concilier, voire de réconcilier, leurs attentes normatives en matière de justice et de droits, avec le cadre juridique universel et intégrateur de la société d'accueil.

Pendant, comme on l'a vu à travers l'exemple du divorce judaïque, la prise en compte des différences culturelles dans l'administration de la justice a tout avantage à être balisée, dans la mesure du possible, par un cadre législatif qui porte la marque d'un dialogue internormatif ayant préalablement eu lieu dans l'espace public. À défaut d'une telle régulation politique, on peut craindre en effet que, même animés de bonnes intentions, des juges laissés à eux-mêmes dans le délicat travail d'interprétation de codes culturels « étrangers » en arrivent – soit par ignorance, soit par relativisme – à entériner des modèles normatifs et comportementaux qui, non seulement sont incompatibles avec l'ordre juridique étatique, mais traduisent parfois même une profonde méconnaissance de la culture de l'Autre.

PB/PE/cl

Édition pour le site Web de la Commission

Le présent document a été édité par la Direction des communications de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, à partir du texte officiel, en vue de répondre à des besoins pratiques.

⁹⁵ Pour une comparaison des approches respectives de la France et du Québec sur cette question : Pierre BOSSET, « Le droit et la régulation de la diversité religieuse en France et au Québec : une même problématique, deux approches », *loc. cit.*, p. 79-97.