

Quand la Cour suprême s'applique à restreindre la portée de la liberté de religion : l'arrêt *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony* (2009)

José WOEHLING*

Résumé

En 2004, dans l'affaire *Amselem*, la Cour suprême du Canada adoptait une conception subjective et individualiste de la liberté de religion selon laquelle les tribunaux ne peuvent ni exiger de preuve du caractère objectivement religieux de la croyance ou de la pratique invoquée ou de son caractère obligatoire, ni examiner de façon rigoureuse la sincérité du requérant. Dès lors, le risque était grand qu'il devienne trop facile d'obtenir des exemptions ou des accommodements fondés sur la religion. Il était donc prévisible que la Cour suprême devrait trouver d'autres moyens pour « filtrer » les demandes fondées sur la liberté de religion en déplaçant ailleurs la difficulté que doivent franchir les plaignants qui invoquent cette liberté pour obtenir un accommodement raisonnable. C'est effectivement ce qui s'est

Abstract

In the 2004 *Amselem* decision, the Supreme Court of Canada adopted an individualistic and subjective conception of freedom of religion, according to which a plaintiff needs not show some sort of objective religious obligation, requirement or precept to invoke freedom of religion, or that his or her religious practices are supported by a mandatory doctrine of faith, nor can the courts proceed to a rigorous study of the past practices of claimants in order to determine whether their current beliefs are sincerely held. Such an expansive construction of freedom of religion involved the risk that it would become too easy for religious claimants to obtain accommodations or exemptions, and it was predictable that the Court would have to find other “gate-keeping” means, in order to remain able to cast

* Professeur associé de la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Une première version de ce texte est parue dans *Proportionnalité et accommodements: actes des conférences 2010 de la section Droit constitutionnel et de droits de la personne de l'ABC-Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais/L'association du Barreau Canadien, 2010, p. 83. La présente version a été revue et actualisée.

produit avec le jugement majoritaire de la Cour suprême dans l'arrêt des Frères hutterites de la Colonie Wilson en Alberta, dans lequel on peut observer la mise en œuvre de deux approches. D'une part, les juges majoritaires se montrent plus exigeants sur la gravité du « fardeau » qui doit peser sur l'exercice de la liberté de religion; d'autre part, une fois constatée l'atteinte à la liberté de religion, ils abaissent le seuil de difficulté, pour le gouvernement, de la justification de celle-ci sous l'article 1 de la Charte canadienne. C'est là le premier intérêt de cet arrêt, le second étant qu'elle a amené la Cour suprême à examiner à nouveau la question des accommodements (ou exemptions) pour motifs religieux dans le cas des normes étatiques de portée générale, en l'occurrence un règlement gouvernemental. Sous ce deuxième angle, l'article examine le jugement en cherchant à répondre aux questions suivantes: dans la mesure où il existe, directement ou indirectement, une obligation d'adaptation ou d'exemption s'imposant au législateur, quels en sont les fondements, les modalités, les limites et les sanctions?

aside inappropriate or exaggerate claims. That is precisely what results from the majority judgment of the Court in *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*. First, the majority decision requires that the claimant show a more serious obstruction or "burden" on his or her ability to act in accordance with his or her religious beliefs; second, it lowers the difficulty, for the government, of the test of justification under section 1 of the Canadian Charter for the breach of freedom of religion. Thus, the majority decision may have significantly reduced the scope of freedom of religion. The second aspect of the *Hutterian Brethren* decision that is examined in this article is the existence of an obligation to accommodate in the case of norms of general application, like parliamentary statutes or, as in the present case, executive regulations. If there exists, directly or indirectly, such an obligation to accommodate, or to allow for exemptions, on which rights or liberties can it be founded and what are its forms of application, modes of enforcement and limits?

Plan de l'article

Introduction	11
I. Les faits de l'affaire	12
II. Le jugement majoritaire	15
A. La mise en œuvre du critère de l'atteinte minimale dans le jugement majoritaire: le maintien de l'exemption est-il compatible avec la réalisation « réelle et substantielle » de l'objectif?.....	18
B. La mise en œuvre du critère de proportionnalité des effets préjudiciables et des effets bénéfiques dans le jugement majoritaire: la minimisation de l'atteinte à la liberté de religion.....	22
III. Le jugement dissident	33
A. La mise en œuvre du critère de l'atteinte minimale dans le jugement dissident.....	34
B. La mise en œuvre du critère de proportionnalité des effets préjudiciables et des effets bénéfiques dans le jugement dissident: une analyse davantage fondée que celle de la majorité sur des éléments empiriques.....	39
Conclusion	41



Dans un précédent article, nous faisons remarquer qu'un des effets de la conception subjective et individualiste de la liberté de religion adoptée par les juges majoritaires dans l'arrêt *Amselem*¹ serait probablement d'amener les tribunaux à déplacer la difficulté (ou le « seuil ») que doivent franchir les plaignants qui invoquent la liberté de religion pour obtenir un accommodement raisonnable. En effet, s'ils ne peuvent ni exiger de preuve du caractère objectivement religieux de la croyance invoquée ou de son caractère obligatoire², ni examiner de façon rigoureuse la sincérité du requérant³, les tribunaux devront trouver d'autres moyens pour « filtrer » les demandes fondées sur la liberté de religion, s'ils veulent éviter qu'il ne devienne trop facile d'obtenir des exemptions ou des accommodements fondés sur la religion. Nous suggérons alors qu'un tribunal confronté à ce dilemme pourrait se montrer plus exigeant sur la gravité de la « nuisance » (ou « fardeau ») pesant sur l'exercice de la liberté de religion, ou encore, une fois constatée l'existence d'une atteinte à la liberté de religion, la con-

¹ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551.

² *Id.*, par. 46-48 (j. Iacobucci) : « Pour résumer, la jurisprudence de notre Cour et les principes de base de la liberté de religion étayent la thèse selon laquelle la liberté de religion s'entend de la liberté de se livrer à des pratiques et d'entretenir des croyances ayant un lien avec une religion, pratiques et croyances que l'intéressé exerce ou manifeste sincèrement, selon le cas, dans le but de communiquer avec une entité divine ou dans le cadre de sa foi spirituelle, indépendamment de la question de savoir si la pratique ou la croyance est prescrite par un dogme religieux officiel ou conforme à la position de représentants religieux. [...] la protection de la Charte québécoise (et de la Charte canadienne) devrait s'appliquer tant aux expressions obligatoires de la foi, qu'aux manifestations volontaires de celle-ci. C'est le caractère religieux ou spirituel d'un acte qui entraîne la protection, non le fait que son observance soit obligatoire ou perçue comme telle. [...] Il s'agit là d'un aspect fondamental de l'interprétation de la liberté de religion selon laquelle le demandeur qui invoque cette liberté n'est pas tenu de prouver l'existence de quelque obligation, exigence ou précepte religieux objectif ».

³ *Id.*, par. 53 (juge Iacobucci) : « Cependant il est important de souligner qu'il ne convient pas que le tribunal analyse rigoureusement les pratiques antérieures du demandeur pour décider de la sincérité de ses croyances courantes. Tout comme une personne change au fil des ans, ses croyances peuvent elles aussi changer. De par leur nature même, les croyances religieuses sont fluides et rarement statiques. Il peut fort bien arriver que le lien ou les rapports d'une personne avec le divin ou avec le sujet ou l'objet de sa foi spirituelle, ou encore sa perception de l'obligation religieuse découlant de ces rapports changent et évoluent avec le temps. Vu le caractère mouvant des croyances religieuses, l'examen par le tribunal de la sincérité de la croyance doit s'attacher non pas aux pratiques ou croyances antérieures de la personne, mais plutôt à ses croyances au moment de la prétendue atteinte à la liberté de religion ».

sidérer plus facilement comme justifiable en abaissant le seuil de difficulté d'une telle démonstration⁴. C'est effectivement ce qui s'est produit avec le jugement majoritaire de la Cour suprême dans l'arrêt des Frères huttérites de la Colonie Wilson en Alberta, dans lequel on peut observer la mise en œuvre des deux approches qui viennent d'être mentionnées⁵. C'est là le premier intérêt de cette décision, le second étant qu'elle a amené la Cour suprême à examiner à nouveau la question des accommodements (ou exemptions) pour motifs religieux dans le cas des normes étatiques de portée générale, en l'occurrence un règlement gouvernemental⁶. Sous ce deuxième angle, nous examinerons le jugement en cherchant à répondre aux questions suivantes : dans la mesure où il existe, directement ou indirectement, une obligation d'adaptation ou d'exemption s'imposant au législateur⁷, quels en sont les fondements, les modalités, les limites et les sanctions ?

I. Les faits de l'affaire

Dans cette affaire, les membres de la secte des Frères huttérites refusaient de fournir leur photographie aux fins de l'établissement du permis de conduire en invoquant la liberté de religion garantie dans la *Charte ca-*

⁴ José WOEHLING, « Quelle place pour la religion dans les institutions publiques? », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *Le droit, la religion et le « raisonnable »*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 115, aux pages 160-163.

⁵ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567. Pour des commentaires de cette décision, voir notamment : Janet Epp BUCKINGHAM, « Drivers Needed: Tough Choices from Alberta v. Wilson Colony of Hutterian Brethren », (2010) 18 *Constitutional Forum* 109; Benjamin L. BERGER, « Section 1, Constitutional Reasoning and Cultural Difference: Assessing the Impacts of *Hutterian Brethren* », 51 *S.C.L.R.* (2d), 25; Robert E. CHARNEY, « How Can There Be Any Sin In Sincere? State Inquiries into Sincerity of Religious Belief », (2010) 51 *S.C.L.R.* (2d), 47; Nathalie DES ROSIERS, « Freedom of Religion at the Supreme Court in 2009: Multiculturalism at the Crossroads? », (2010) 51 *S.C.L.R.* (2d) 73; Richard MOON, « Accommodation without Compromise: Comment on *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony* », 51 *S.C.L.R.* (2d), 95.

⁶ En Cour suprême, la même question a notamment été abordée, à propos d'un règlement municipal québécois, dans *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, [2004] 2 R.C.S. 650, et à propos d'une loi provinciale de l'Ontario dans *R. c. Edwards Books*, [1986] 2 R.C.S. 713.

⁷ Par commodité de langage, on parlera dorénavant du « législateur » pour désigner à la fois le législateur parlementaire et l'autorité réglementaire.

*nadienne des droits et libertés*⁸ et le respect du Deuxième commandement⁹. Depuis l'établissement du permis avec photo, en 1974, la province de l'Alberta avait autorisé le registraire des permis à dispenser les administrés de l'exigence de la photographie pour des raisons religieuses (ou encore dans les cas d'une personne souffrant d'un problème médical temporaire affectant son apparence). Cette possibilité avait cependant été supprimée en 2003 afin de réduire le risque que les permis servent à la perpétration de vols d'identité. Tous les titulaires de permis ont maintenant l'obligation de faire prendre leur photo qui, en plus de figurer sur le permis de conduire, est versée dans une banque de données centrale qui fonctionne avec un logiciel de reconnaissance faciale¹⁰.

Le Procureur général de l'Alberta avait concédé que la croyance invoquée par les plaignants était de nature véritablement religieuse et sincère et que l'exigence de la photographie entraînait pour eux des inconvénients suffisamment graves pour qu'il en découle une atteinte à leur liberté de religion. La province avait proposé deux mesures d'accommodement pour essayer de satisfaire les plaignants. Selon la première proposition, la photo figurerait sur le permis et serait versée dans la banque de données centrale, mais le permis serait placé dans une enveloppe ou un étui scellé que le titulaire n'aurait jamais à ouvrir. Selon la seconde proposition, la photo serait seulement versée dans la banque de données, et aucune photo ne

⁸ La *Charte canadienne des droits et libertés* (ci-après « Charte canadienne ») est contenue dans la Partie I (articles 1 à 34) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, R.-U., c. 11, L.R.C. (1985), app. II, n° 44. L'article 2a) énonce : « 2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes : (a) liberté de conscience et de religion. »

⁹ « Tu ne feras point d'image taillée, ni de représentation quelconque des choses qui sont en haut dans les cieux, qui sont en bas sur la terre, et qui sont dans les eaux plus bas que la terre » (Exode, 20 :4).

¹⁰ En Alberta, les permis de conduire sont régis par une loi intitulée *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, ch. T-6 et ses règlements d'application. Le pouvoir discrétionnaire du registraire d'accorder des exemptions de l'obligation de photo sur le permis, qui lui était conféré par l'alinéa 14(1)b) du règlement 320/2002 de l'Alberta, intitulé *Operator Licensing and Vehicle Control Regulation*, lui a été retiré en mai 2003 (*Operator Licensing and Vehicle Control Amendment Regulation*, Alta. Reg. 137/2003, art. 3). Selon le nouvel alinéa 14(1)b), le registraire « must require an image of the applicant's face, for incorporation in the licence, be taken ». Le règlement a également été modifié par l'ajout du paragraphe 14(3) qui prévoit l'utilisation de la photo ainsi prise « for facial recognition software for the purpose of the identification of, or the verification of the identity of, a person who has applied for an operator's licence ».

figurerait sur le permis de conduire. Ces aménagements visaient à réduire l'incidence de la photo obligatoire sur les croyances religieuses en évitant aux huttérites d'avoir un contact direct avec les photos. Les plaignants avaient néanmoins rejeté ces deux solutions parce qu'elles maintenaient à leur égard l'obligation de se faire photographier. Ils proposaient leur propre solution de rechange, consistant à leur délivrer un permis sans photo mais portant la mention « non valide comme pièce d'identité ». Cette proposition des plaignants avait cependant été rejetée par les autorités provinciales.

Étant donné les admissions faites par le Procureur général provincial, la Cour de première instance et la Cour d'appel ne pouvaient que se pencher sur la question de l'éventuelle justification de l'atteinte en vertu de l'article premier de la Charte canadienne. Le juge de première instance¹¹ et les juges majoritaires à la Cour d'appel¹² ont conclu que l'atteinte n'était pas justifiable.

La décision de la Cour d'appel a été infirmée par la Cour suprême, les membres de celle-ci se divisant à quatre contre trois¹³. Comme le juge de première instance et la Cour d'appel avant elle, la Cour suprême a dû tenir compte du fait que le Procureur général de l'Alberta avait admis l'existence d'inconvénients suffisamment graves pour les plaignants pour constituer une atteinte à leur liberté de religion. Néanmoins, le jugement majoritaire laisse entendre à plusieurs reprises que les inconvénients subis par les plaignants n'étaient peut-être pas assez graves pour entraîner une telle atteinte¹⁴.

¹¹ *Hutterian Brethren of Wilson Colony v. Alberta*, 2006 ABQB 338.

¹² 2007 ABCA 160.

¹³ Le jugement majoritaire est rendu par la juge en chef McLachlin, avec l'accord des juges Binnie, Deschamps et Rothstein; les juges Abella, LeBel et Fish sont dissidents.

¹⁴ Au par. 34 de ses motifs la juge en chef va jusqu'à laisser entendre que la concession du Procureur général de l'Alberta ne portait que sur la croyance religieuse sincère des requérants et non sur la gravité de l'effet de la norme incriminée sur la liberté de religion. Elle ajoute ensuite : « Pareille atteinte ne sera établie que si la preuve démontre que les « croyances ou un comportement d'ordre religieux » du plaignant « pourraient être raisonnablement ou véritablement menacés » par la photo obligatoire universelle » : voir : *R. c. Edwards Books*, préc., note 6, p. 759. La preuve d'un coût ou fardeau imposé par l'État ne suffirait pas; il faut démontrer que ce fardeau est « susceptible de porter atteinte à une croyance ou pratique religieuse : *Edwards Books*, p. 759 ». Ce passage montre bien que l'existence d'un effet préjudiciable de la norme incriminée sur la capacité du plaignant de respecter sa croyance ou sa pratique, qui soit suffisamment important pour entraîner une atteinte à la liberté de religion, relève d'un examen *objectif* par le tribunal, et non pas de la conviction sincère du plaignant. De même, au par. 90,

Mais, étant donné que les juridictions inférieures avaient tenu cette condition pour remplie, les juges majoritaires ne pouvaient pas véritablement revenir sur cette conclusion (on verra cependant qu'ils ont beaucoup minimisé la gravité de l'atteinte en appliquant le troisième critère de proportionnalité de l'arrêt *Oakes*¹⁵). La seule question qui se posait encore était donc celle de la justification du refus de l'accommodement (ou exemption), c'est-à-dire de la mise en équilibre de la liberté de religion, d'une part, et des exigences de l'intérêt public, d'autre part. C'est effectivement sur cet aspect que les membres de la Cour se sont divisés. Les juges dissidents ont considéré que l'absence d'exemption pour motifs religieux rendait l'atteinte à la liberté de religion non justifiable, alors que les juges majoritaires ont conclu que cette atteinte pouvait être justifiée malgré le refus des autorités albertaines de maintenir l'exemption.

II. Le jugement majoritaire

Dès le deuxième paragraphe de ses motifs consacrés à l'examen de la justification de la photo obligatoire sans possibilité d'exemption pour raisons religieuses (ou, si l'on veut, la justification du refus de l'exemption réclamée par les plaignants), la juge en chef McLachlin exprime certaines préoccupations qui marquent le souci manifeste des juges majoritaires de limiter la portée de la liberté de religion et de l'obligation d'accommodement :

« [...] la portée étendue de la liberté de religion garantie par la Charte représente un véritable défi. La plupart des règlements d'un État moderne pourraient être contestés par différentes personnes selon lesquelles ils auraient un effet plus que négligeable sur une croyance religieuse sincère. Donner suite à chacune de ces revendications religieuses pourrait nuire gravement à l'universalité de nombreux programmes réglementaires – dont celui en cause en l'espèce, qui vise à réduire l'utilisation des permis de conduire à mauvais escient – au détriment de l'ensemble de la population. »¹⁶

la juge en chef insiste sur le fait que « [l]a simple prétention d'un plaignant qu'une restriction particulière nuit à sa pratique religieuse n'établit pas à elle seule la gravité de la restriction aux fins de l'analyse de la proportionnalité. À vrai dire, si cette prétention pouvait clore le débat, le fardeau de justification qui incomberait à l'État serait si lourd qu'il lui serait impossible de s'en acquitter. Il faut aller plus loin et apprécier l'ampleur des effets réels sur le fidèle ».

¹⁵ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

¹⁶ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 36.

Autrement dit, les juges majoritaires considèrent que l'ampleur donnée à la liberté de religion par la jurisprudence antérieure de la Cour suprême menace la capacité du législateur de protéger l'intérêt public par des normes de portée générale, et cela d'autant plus qu'en adoptant dans l'arrêt *Amselem* le critère de la « croyance religieuse sincère », la Cour a laissé l'impression qu'elle facilitait exagérément la réclamation d'accommodements et que dès lors les tribunaux ne pourraient plus refuser de « donner suite à chacune de ces revendications religieuses »¹⁷. Ce passage semble donc annoncer, sans le dire expressément, que la Cour devra s'efforcer de protéger les « programmes réglementaires » en limitant la portée de la liberté de religion et de l'obligation d'accommodement¹⁸. Nous allons voir que c'est ce que fait le jugement majoritaire.

¹⁷ À cet égard, il est intéressant de souligner un des arguments présentés par l'Alberta pour justifier la suppression de l'exemption de la photo obligatoire qui existait avant 2003. L'argument est ainsi rapporté dans le jugement de la Cour d'appel (*Hutterian Brethren of Wilson Company v. Alberta*, préc., note 12) au par. 50 : « In addition, the Province says that its ability to verify the credence of religious beliefs has been significantly reduced by the decision of the Supreme Court of Canada in *Sydicat [sic] Northcrest v. Amselem* [...]. In that case, a majority of the court held that religious beliefs are personal and are not subject to an objective evaluation [...]. Rather, all that is required is a sincere religious belief which calls for a particular line of conduct [...]. According to the Province, the subjective nature of this inquiry significantly restricts its ability to probe the beliefs of an individual seeking a non-photo exception and increases the likelihood of falsified claims. Furthermore, it says that the finding in *Amselem* prevents a Registrar from requiring a letter from a religious leader verifying the applicant's beliefs [...]. As a result, the only way to ensure the integrity of the licensing system is to impose the absolute photo requirement ».

¹⁸ Dans plusieurs autres passages de ses motifs, la juge en chef exprime à nouveau les inquiétudes que semble lui inspirer la trop large portée reconnue à la liberté de religion ; voir par exemple : « Par ailleurs, il peut être difficile pour les gouvernements d'adapter une mesure législative en fonction des innombrables façons dont elle peut porter atteinte aux croyances et pratiques religieuses de chacun » (*Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, préc., note 16, par. 61) ; « Étant donné les multiples facettes de la vie quotidienne qui sont touchées par la religion et la coexistence dans notre société de nombreuses religions différentes auxquelles se rattachent toute une variété de rites et de pratiques, il est inévitable que certaines pratiques religieuses soient incompatibles avec les lois et la réglementation d'application générale. [...] » (*Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, préc., note 16, par. 90).

La juge en chef commence par énoncer les conditions que doit remplir un plaignant pour établir qu'il y a atteinte à sa liberté de religion (il s'agit donc du « test » de l'atteinte à la liberté de religion) :

« Il est établi qu'une mesure contrevient à l'al. 2a) de la *Charte* lorsque : (1) le plaignant entretient une croyance ou se livre à une pratique sincères ayant un lien avec la religion ; et que (2) la mesure contestée nuit d'une manière plus que négligeable ou insignifiante à la capacité du plaignant de se conformer à ses croyances religieuses [la juge en chef cite ici les arrêts *Amselem*¹⁹ et *Multani*²⁰]. Une atteinte "négligeable ou insignifiante" est une atteinte qui ne menace pas véritablement une croyance ou un comportement religieux. »²¹

Pour vérifier ensuite la justification de l'atteinte à la liberté de religion en appliquant le « test » de l'arrêt *Oakes*, la juge en chef établit l'objectif de la mesure incriminée comme étant celui de « préserver l'intégrité du système de délivrance des permis de conduire d'une façon qui réduit au minimum le risque de vol d'identité », ce qui constitue un objectif « urgent et réel susceptible de justifier les restrictions aux droits ». Elle souligne que « [1] a photo obligatoire universelle [« universelle » voulant dire sans possibilité d'exemption] vise à permettre la constitution d'une banque de photos numériques complète afin d'empêcher les malfaiteurs d'utiliser les permis de conduire comme documents sources pour le vol d'identité » et que « grâce à la photo obligatoire, le système garantit que chaque permis correspond à une seule personne et que personne ne détient plus d'un permis »²².

Après avoir établi que l'objectif de la mesure restreignant la liberté de religion est urgent et réel, il reste, pour appliquer le test de l'arrêt *Oakes*, « à déterminer si cette restriction est proportionnée, en ce sens qu'elle a un lien rationnel avec l'objectif, qu'elle porte aussi peu atteinte au droit qu'il est raisonnablement nécessaire de le faire et qu'elle est proportionnée quant à ses effets »²³.

Le premier critère, celui du lien rationnel, exigeant seulement que le gouvernement démontre « qu'il est raisonnable de supposer que la restriction [la photo obligatoire sans possibilité d'exemption pour motifs religieux]

¹⁹ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 1.

²⁰ *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256.

²¹ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, préc., note 16, par. 32.

²² *Id.*, par. 42.

²³ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, préc., note 16, par. 47.

peut contribuer à la réalisation de l'objectif, et non qu'elle y contribuera effectivement»²⁴, il n'est pas étonnant que *tant les juges dissidents que les juges majoritaires* aient facilement conclu que le gouvernement albertain y satisfaisait, car, conjuguée au logiciel de reconnaissance faciale, la photo obligatoire contribue manifestement à empêcher un demandeur d'obtenir frauduleusement un permis au nom d'une personne dont la photo a déjà été versée dans la banque de données (ou encore une même personne de détenir plusieurs permis sous des noms différents, dans la mesure où un seul permis comporterait une photo).

Par contre, les deux groupes de juges divergent d'opinion en ce qui concerne l'application des deux critères suivants, l'atteinte minimale, d'une part, et la proportionnalité des effets bénéfiques et des effets préjudiciables, d'autre part. Nous verrons maintenant comment les juges majoritaires ont découvert dans la mise en œuvre de ces deux critères des moyens pour limiter la portée de la liberté de religion et de l'obligation d'accommodement.

A. La mise en œuvre du critère de l'atteinte minimale dans le jugement majoritaire : le maintien de l'exemption est-il compatible avec la réalisation « réelle et substantielle » de l'objectif ?

La question qui se posait à ce stade de l'analyse était de savoir si la « solution de rechange » réclamée par les plaignants, à savoir le maintien d'une exemption pour raisons religieuses, constituait un moyen moins préjudiciable pour la liberté de religion permettant néanmoins la réalisation de l'objectif législatif. Ou encore, pour inverser la question, le maintien de la possibilité d'obtenir une exemption empêcherait-il l'atteinte de l'objectif poursuivi avec l'adoption du nouveau règlement ? La juge en chef précise de la façon suivante la façon de mettre en œuvre le critère de l'atteinte minimale :

« Je m'empresse de préciser que, pour déterminer s'il existe des moyens moins radicaux d'atteindre l'objectif gouvernemental, le tribunal n'a pas à être convaincu que la solution de rechange permettrait d'atteindre l'objectif *exactement* dans la même mesure que la mesure contestée. [...] Le critère de l'at-

²⁴ *Id.*, par. 48.

teinte minimale consiste à se demander s'il existe un autre moyen moins attentatoire d'atteindre l'objectif de façon réelle et substantielle.»²⁵

On comprend la nécessité d'une telle interprétation *flexible* de l'atteinte minimale. S'il en allait autrement et qu'on partait de l'idée que l'objectif doit être atteint de façon parfaite et idéale, il serait très difficile d'imaginer une mesure de rechange permettant d'y parvenir tout en entraînant une atteinte moindre, puisque la diminution de l'atteinte implique presque nécessairement une diminution dans l'efficacité de la mesure considérée. C'est en tout cas vrai pour les mesures d'accommodement ou d'exemption, qu'elles soient demandées pour des raisons religieuses ou pour d'autres raisons, dans la mesure où la création ou le maintien d'une exemption bénéficiant à certains des destinataires d'une règle diminue la portée de celle-ci dans une mesure proportionnelle au nombre de personnes exemptées (une norme sera forcément moins efficace si on en exempte ne fût-ce qu'un petit nombre, voire un seul, de ses destinataires potentiels).

Dès lors, en tenant compte de certaines caractéristiques factuelles de l'espèce, il pouvait sembler difficile d'échapper à la conclusion que le maintien de l'exemption en faveur des huttérites n'empêcherait pas une réalisation «réelle et substantielle» de l'objectif législatif. C'est en tout cas la conclusion à laquelle sont arrivés le juge de première instance, la majorité à la Cour d'appel et les juges dissidents à la Cour suprême. En effet, comme les uns et les autres l'ont amplement souligné, le nombre des Frères huttérites susceptibles de bénéficier d'une exemption, si elle avait été maintenue, était approximativement de 250 personnes, sur un total de plus de 2,7 millions de conducteurs. Par ailleurs, sur une population de 3,5 millions d'Albertains, 700 000 personnes (soit 20 % de la population) n'ont pas de permis de conduire. On pouvait donc raisonnablement en conclure que le fait d'exempter quelques centaines de huttérites de la photo obligatoire n'aurait pas d'incidence préjudiciable importante sur l'efficacité de la lutte contre le vol d'identité. Par ailleurs, le fait que l'exemption ait pu être appliquée pendant vingt-neuf ans sans que le dossier révèle qu'elle avait créé des problèmes en la matière militait également dans le même sens.

Néanmoins, la juge en chef va conclure que la proposition des plaignants, la délivrance d'un permis de conduire sans photo mais sur lequel

²⁵ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, préc., note 16, par. 55 (italiques dans le texte).

serait apposée la mention « non valide comme pièce d'identité », « pose problème dans le contexte de l'analyse de l'atteinte minimale parce qu'elle compromet l'objectif de la province de réduire *au minimum* le risque que les permis soient utilisés à mauvais escient pour la perpétration de vols d'identité »²⁶. Elle ajoute :

« La mention « non valide comme pièce d'identité » peut empêcher toute personne qui se retrouve en possession d'un permis de l'utiliser comme document source, mais n'empêcherait pas quelqu'un de présumer de l'identité du titulaire du permis [il s'agit d'une mauvaise traduction du texte original anglais qui se lit : *it would not prevent a person from assuming the identity of the licence holder*] et de fabriquer un faux document qu'il serait impossible de vérifier sans photo dans la banque de données. [...] Le seul moyen de réduire *le plus possible* ce risque est la photo obligatoire universelle. L'argument des plaignants selon lequel la diminution du risque serait minime parce que peu de gens sont susceptibles de demander à être exemptés de cette condition, *tient pour acquise la possibilité que le risque augmente* et que l'objectif du gouvernement soit compromis, de sorte qu'il n'est d'aucune utilité à l'étape de l'atteinte minimale (dans le texte anglais original : *The claimants' argument that the reduction in risk would be low, since few people are likely to request exemption from the photo requirement, assumes that some increase in risk and impairment of the government goal may occur, and hence does not assist at the stage of minimal impairment*). »²⁷

Ce passage est en nette contradiction avec le passage précédemment cité dans lequel la juge en chef admet que « le tribunal n'a pas à être convaincu que la solution de rechange permettrait d'atteindre l'objectif *exactement* dans la même mesure que la mesure contestée »²⁸. Dans la dernière phrase reproduite ci-dessus, la juge en chef affirme en effet, de la façon la plus claire, que *toute* augmentation du risque de vol d'identité – c'est-à-dire *toute* diminution de l'efficacité de la mesure gouvernementale dans la lutte contre cette infraction (*some increase in risk and impairment of the government goal*) – empêche de considérer la proposition des plaignants comme une solution de rechange acceptable²⁹. Cela signifie que la juge en

²⁶ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, préc., note 16, par. 59 (italiques ajoutés).

²⁷ *Id.*, par. 59 (italiques ajoutés).

²⁸ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, préc., note 16, par. 55.

²⁹ Une telle approche rappelle le critère *de minimis* appliqué aux États-Unis en matière d'accueil dans le contexte des relations de travail, selon lequel il y a con-

chef considérerait toute exemption à l'application d'une règle générale comme pouvant être légitimement refusée par le gouvernement au niveau de l'atteinte minimale puisque, comme nous l'avons noté précédemment, une telle exemption diminue nécessairement l'efficacité de la règle générale à laquelle elle vient s'attacher, même si cette diminution peut parfois être très minime. Autrement dit, de la façon *inflexible* dont la juge en chef *l'applique*, et bien qu'elle l'ait *formulé* auparavant de façon *flexible*, le critère de l'atteinte minimale ne fera jamais conclure à la nécessité, pour le législateur ou l'autorité réglementaire, de prévoir une exemption ou un accommodement pour des raisons religieuses ou pour d'autres raisons, car une exemption diminuera toujours un tant soit peu l'efficacité de la norme étatique dans la réalisation de l'objectif poursuivi³⁰.

trainte excessive dès qu'une mesure d'accommodement entraîne des coûts plus que minimes pour l'employeur. Dans l'arrêt *Bergevin*, qui portait sur un problème de relations d'emploi, et où s'appliquait la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, le juge Cory, parlant pour la Cour, écarta clairement l'application du critère de *minimis*: *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525, p. 559. Dans cette affaire, la Cour est arrivée à la conclusion que le calendrier scolaire fixant l'horaire de travail des enseignants, qui faisait partie de la convention collective liant la commission scolaire intimée, dans la mesure où il ne prévoyait pas de congé payé le jour du Yom Kippour, avait un effet discriminatoire indirect à l'égard des enseignants de religion juive, ceux-ci devant prendre une journée de congé pour célébrer leur fête religieuse. Tenant compte du fait que la convention collective prévoyait en l'espèce la rémunération de l'enseignant qui s'absente pour diverses raisons et que dans le passé les absences rémunérées incluaient la célébration du Yom Kippour, la Cour a jugé qu'en l'occurrence l'employeur n'avait pas réussi à faire la preuve que le fait d'accommoder les intéressés, en leur permettant de prendre un jour de congé payé pour célébrer le Yom Kippour, lui imposerait une contrainte excessive. Par conséquent, il ne s'était pas acquitté de son obligation d'accommodement raisonnable. La Cour suprême a donc infirmé la décision de la Cour d'appel, (1992) 48 Q.A.C. 34, qui était majoritairement arrivée à la conclusion qu'il n'y avait pas de discrimination, et rétabli la décision du Tribunal d'arbitrage, qui avait décidé que l'intimée devait payer les enseignants de religion juive qui s'étaient absentés le jour du Yom Kippour.

³⁰ Peut-être consciente de la contradiction entre le par. 55 et le par. 59 de ses motifs (*Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, préc., note 16), la juge en chef, au par. 60, essaie de montrer que la solution proposée par les plaignants compromettrait *grandement* l'objectif gouvernemental en affirmant que l'exemption serait applicable à un « nombre indéterminé » d'opposants invoquant des motifs religieux. Mais, d'une part, ceci ne neutralise pas son affirmation au paragraphe 59 que *toute* diminution dans l'atteinte de cet objectif peut être refusée par le gouvernement à l'étape de l'atteinte minimale; et, d'autre part, la crainte qu'elle invoque à l'égard d'un « nombre indéterminé » de demandeurs d'exemption pour motif religieux paraît peu justifiée par le fait, souligné par les juges dissidents, qu'au moment de la modification du règlement

En appliquant le critère de l'atteinte minimale d'une façon qui permet au Procureur général de justifier facilement le refus de l'exemption, la juge en chef fait en sorte que le sort final de ce refus (et la validité de la norme incriminée) dépende de l'application du dernier critère de l'arrêt *Oakes*, celui de la proportionnalité des effets préjudiciables et des effets bénéfiques du règlement contesté (ou encore, comme dit parfois la Cour suprême, de la proportionnalité entre les effets préjudiciables et l'objectif poursuivi par la norme incriminée). Il s'agit là d'un choix stratégique, car c'est au niveau de ce troisième critère que la juge en chef pourra se montrer plus exigeante sur la gravité du « fardeau » pesant sur l'exercice de la liberté de religion des plaignants, en minimisant les inconvénients qui résultent pour eux de l'application de la norme incriminée. Nous avons constaté auparavant qu'elle allait jusqu'à montrer une certaine réticence à considérer ces inconvénients comme suffisamment sérieux pour qu'il y ait atteinte à la liberté de religion. Si effectivement ils ne l'étaient pas suffisamment pour entraîner une telle atteinte, aucun examen de justification du règlement contesté ne serait nécessaire. Cependant, la juge en chef est obligée de tenir compte du fait que le juge de première instance et la Cour d'appel ont tenu l'atteinte pour avérée et sont passés à l'examen de sa justification, et elle ne peut donc faire autrement que de les suivre sur ce terrain. Mais en faisant en sorte que le sort du règlement se joue au niveau du critère de proportionnalité plutôt qu'à celui de l'atteinte minimale, elle se donne l'occasion de réaliser à cette étape ce qu'elle ne pouvait pas faire utilement à l'étape de l'examen de l'existence d'une atteinte, à savoir minimiser la gravité des conséquences préjudiciables pour la liberté de religion.

B. La mise en œuvre du critère de proportionnalité des effets préjudiciables et des effets bénéfiques dans le jugement majoritaire: la minimisation de l'atteinte à la liberté de religion

Comme le dit la juge en chef, la mise en œuvre du troisième critère de l'arrêt *Oakes* consiste à se demander si « [l]a pondération de l'atteinte à la liberté de religion des plaignants et des effets bénéfiques de la photo obli-

en 2003, on comptait en Alberta 453 permis assortis d'une exemption de l'obligation de photo, dont 56 %, ou environ 250, étaient détenus par des huttérites (voir le par. 119 des motifs de la juge Abella, citant les motifs de la juge Conrad de la Cour d'appel de l'Alberta).

gatoire universelle pour les titulaires d'un permis de conduire [révèle] que la restriction au droit est proportionnée à l'avantage qu'elle procure à l'ensemble de la population [...] »³¹.

Deux remarques s'imposent avant d'examiner la façon dont la juge en chef applique ce critère de proportionnalité des effets bénéfiques et des effets préjudiciables (pour des raisons d'économie de langage, nous parlerons désormais du « critère de proportionnalité au sens strict »³²).

En premier lieu, il faut souligner que le fait d'examiner la justification du refus de l'exemption à l'étape de la proportionnalité au sens strict plutôt qu'à celle de l'atteinte minimale a pour effet d'augmenter considérablement la difficulté de la démonstration imposée aux demandeurs d'exemption. En effet, si le refus de l'exemption (ou si l'on préfère, l'application de la norme sans exemption possible) constitue le seul moyen d'atteindre l'objectif « réel et urgent » de façon « réelle et substantielle », le fait d'invalider la norme à l'étape de la proportionnalité (ou, si l'on préfère, d'imposer le maintien de l'exemption à cette étape), en jugeant que les effets préjudiciables l'emportent sur les effets bénéfiques, *aurait pour effet d'interdire au législateur d'atteindre son objectif de façon réelle*. Autrement dit, le juge se trouverait à « neutraliser » le législateur dans sa défense de l'intérêt public en lui interdisant d'atteindre de façon « réelle » un objectif important pour la collectivité³³. On comprend spontanément qu'un tel résultat est hautement indésirable et que seuls des effets préjudiciables d'une gravité difficilement

³¹ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, préc., note 16, par. 73.

³² Cette précision terminologique est rendue nécessaire pour dissiper la confusion créée par la Cour suprême dans l'arrêt *Oakes*, où elle emploie le concept de proportionnalité à la fois pour désigner l'ensemble formé par les trois critères du lien rationnel, de l'atteinte minimale et de la proportionnalité au sens strict (elle parle alors de l'analyse de proportionnalité) et pour désigner le troisième critère de proportionnalité, celui de la proportionnalité entre les effets préjudiciables et les effets bénéfiques (ou encore, dans une autre formulation qu'elle utilise parfois, la proportionnalité entre les effets préjudiciables et l'objectif poursuivi avec la mesure incriminée).

³³ Si la création ou le maintien d'une exemption de la photo obligatoire au profit de moins de trois cents personnes a, selon la juge en chef, pour effet de diminuer de façon inacceptable l'efficacité de la politique de lutte contre le vol d'identité, que dire alors de l'invalidation pure et simple de cette politique que la juge en chef présente comme restant possible à l'étape du troisième critère de proportionnalité...? Il est totalement illogique de dire que l'intérêt public ne supporterait pas une diminution minimale de l'efficacité d'une politique, mais que cette même politique pourrait être purement et simplement supprimée par une invalidation judiciaire.

imaginable le justifieraient. C'est bien pourquoi cela n'arrive jamais! Le Professeur Hogg considère d'ailleurs que le critère de la proportionnalité au sens strict est redondant, mentionnant à l'appui de cette opinion son incapacité de nommer ne serait-ce qu'une seule décision dans laquelle ce critère se serait révélé déterminant (au sens où il aurait fait invalider une mesure qui aurait par ailleurs satisfait au critère de l'atteinte minimale)³⁴. Par conséquent, le fait de décider du sort de la demande d'exemption à l'étape de la proportionnalité au sens strict a pour effet d'en assurer presque automatiquement le rejet, ou du moins de donner toute latitude au tribunal d'en justifier le rejet si, pour quelque raison, il pense que c'est cette solution s'impose.

Le juge LeBel, dans ses motifs dissidents, a bien compris le dilemme dans lequel s'enferme ainsi la juge en chef. Le nœud du problème réside dans l'ordre dans lequel sont mis en œuvre les trois critères de l'analyse générale de proportionnalité. Pour respecter cet ordre, il faut d'abord conclure que la mesure incriminée satisfait le critère de l'atteinte minimale avant de pouvoir passer au critère de la proportionnalité au sens strict. Il faut donc d'abord conclure que l'exemption n'est pas opérationnellement *faisable*, parce qu'elle ne permet pas l'atteinte «réelle» de l'objectif, avant de se demander si elle est *nécessaire*, dans la mesure où les effets préjudiciables l'emporteraient sur les effets bénéfiques. Mais l'on comprend l'embarras dans lequel un tribunal se trouverait s'il aboutissait à la conclusion que l'exemption, tout en étant *nécessaire*, n'est pas *faisable*, dans le sens qu'elle ne permet pas d'atteindre l'objectif de façon satisfaisante!

Le juge LeBel nous dit à ce sujet qu'il faut accepter de renverser cet ordre et, après avoir constaté la nécessité de l'exemption à la troisième étape (si les effets préjudiciables l'emportent sur les effets bénéfiques), revenir à l'étape de l'atteinte minimale pour réexaminer l'objectif, en tenant compte – cette fois – de la gravité des effets préjudiciables. Si l'on constate que l'objectif ne peut pas être atteint entièrement par des moyens acceptables, c'est qu'il est peut-être moins «urgent» qu'on ne l'avait cru au départ. Autrement dit, «la fin ne justifie pas les moyens». Lorsque les moyens sont excessivement préjudiciables pour les droits et libertés de la personne, il faut alors accepter de réviser l'objectif et de se contenter d'un objectif moins ambitieux, qui pourra être atteint par des moyens moins préjudi-

³⁴ Cette opinion du Professeur Hogg est rapportée par la juge en chef au par. 75 de ses motifs.

ciales, lesquels pourront alors peut-être s'accommoder de l'exemption réclamée par les demandeurs.

Voilà comment s'exprime à ce sujet le juge LeBel :

« Il peut être tentant de faire de nettes distinctions analytiques entre le critère de l'atteinte minimale et l'étape de la pondération des effets du test de l'arrêt *Oakes*. Mais l'examen de la justification d'une mesure attentatoire devrait conduire à une certaine remise en question de l'objectif à l'étape de l'analyse de la proportionnalité, afin de déterminer non seulement si une solution de rechange peut permettre d'atteindre l'objectif, mais aussi dans quelle mesure l'objectif en soi doit être réalisé. Cette partie de l'analyse peut confirmer la validité d'autres mesures moins attentatoires. »³⁵

Et un peu plus loin :

« Pour déterminer si la mesure s'inscrit dans une gamme de mesures raisonnables [c'est-à-dire pour appliquer le critère de l'atteinte minimale tel qu'il a été réinterprété et reformulé postérieurement à l'arrêt *Oakes*], les tribunaux doivent soupeser l'objectif par rapport à l'ampleur de l'atteinte. [...] Une analyse plus poussée de l'objectif s'impose à ce stade de l'analyse de la proportionnalité. L'objectif déclaré n'est pas absolu et ne devrait pas être tenu pour acquis. De plus, les solutions de rechange ne devraient pas être évaluées selon une norme de compatibilité maximale avec l'objectif déclaré. Une solution de rechange [en l'occurrence, l'exemption réclamée par les plaignants] peut être légitime même si elle ne permet plus la réalisation de l'objectif dans son intégralité. À ce stade de l'analyse de la proportionnalité, l'objet global de l'analyse requise par l'article premier reste le même : protéger les droits constitutionnels en cherchant une solution qui permettra d'établir un juste équilibre, même s'il faut, pour y arriver, interpréter plus restrictivement la portée et l'efficacité des objectifs de la mesure. Dans ce sens, les tribunaux doivent effectuer une analyse globale de la proportionnalité à l'aide de composantes juridiques ou analytiques, qui demeurent étroitement liées. »³⁶

Et finalement, le juge LeBel critique de la façon suivante l'approche adoptée par la juge en chef :

« Tout compte fait, dans les motifs de la Juge en chef, l'objectif de la loi est considéré comme s'il devenait inattaquable lorsque les tribunaux entament

³⁵ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, préc., note 16, par. 192.

³⁶ *Id.*, par. 195.

l'analyse de la proportionnalité. Tout moyen qui ne permettrait pas de réaliser intégralement l'objectif serait exclu de la gamme des solutions raisonnables.»³⁷

C'est bien ce que nous avons souligné plus haut : bien qu'elle l'énonce comme devant être interprété de façon flexible, la juge en chef applique le critère de l'atteinte minimale de façon inflexible en considérant que l'exemption doit être rejetée comme « solution de rechange » à l'étape de l'atteinte minimale aussitôt qu'elle entraîne une diminution quelconque, si minime soit-elle, dans l'atteinte de l'objectif poursuivi par le règlement incriminé.

Comme deuxième remarque préliminaire relativement au critère de la proportionnalité au sens strict, il faut souligner la grande différence qui existe entre ce critère et les deux précédents, le lien rationnel et l'atteinte minimale. Ces deux premiers critères de l'analyse de proportionnalité amènent les tribunaux à se prononcer uniquement sur l'adéquation des moyens utilisés par l'autorité qui a adopté la norme incriminée à la fin recherchée, laissant à cette dernière toute latitude pour choisir les objectifs ou fins qu'elle désire poursuivre. De même, les deux premiers critères demandent aux tribunaux de vérifier un rapport logique d'utilité (lien rationnel) ou de nécessité (atteinte minimale) qui doit exister entre l'objectif et les moyens. Sans qu'un tel rapport ne soit susceptible d'un examen absolument objectif, il n'en reste pas moins qu'il peut faire l'objet d'une démonstration fondée sur la logique et les preuves factuelles. Par contre, le critère de la proportionnalité entre les effets préjudiciables et l'objectif (ou les effets bénéfiques recherchés, ce qui est la même chose) amène les juges à se prononcer sur la valeur de l'objectif lui-même, ce qui relève d'un jugement politique plutôt qu'instrumental. Ensuite, et surtout, le critère de proportionnalité oblige les juges à poser des jugements de valeur hautement subjectifs, car ils doivent nécessairement « pondérer » eux-mêmes les éléments à comparer, lesquels n'ont pas de « poids » ou de « valeur » spécifique en dehors de l'opinion de celui qui effectue la « pesée des intérêts ». Cela ressort de la lecture des arrêts de jurisprudence, dans lesquels les juges qui appliquent le troisième critère de proportionnalité se contentent habituellement d'affirmer que les effets préjudiciables l'emportent sur les effets

³⁷ *Id.*, par. 197.

bénéfiques, ou inversement, sans le plus souvent chercher à expliquer leur jugement à cet égard³⁸.

Par conséquent, le fait de déplacer le moment crucial, pour le contrôle de la validité du refus de l'exemption, de l'étape de l'atteinte minimale à celle de la proportionnalité au sens strict a également pour effet de laisser jouer plus librement la subjectivité judiciaire. À cette étape, le juge est en quelque sorte libéré de l'obligation de présenter une démonstration et la subjectivité de la « balance des intérêts » qu'il effectue ne peut lui être reprochée puisqu'elle est inévitable. C'est ce que nous allons constater en examinant la mise en œuvre du critère de proportionnalité par la juge en chef, puis par les juges dissidents.

La juge en chef commence par rappeler les effets bénéfiques que l'Alberta cherche à obtenir en rendant la photo obligatoire sur le permis de conduire sans possibilité d'exemption : « (1) accroître la sécurité du système de délivrance des permis de conduire; (2) contribuer à la vérification de l'identité et à la sécurité en bordure de la route; et (3) permettre l'harmonisation éventuelle du système albertain de délivrance des permis de conduire avec les systèmes en vigueur à l'extérieur de la province »³⁹. Le premier de ces avantages escomptés est celui sur lequel s'appuie principalement l'Alberta pour défendre la validité du règlement⁴⁰. Il est frappant de constater que, dans les cinq paragraphes suivants de ses motifs consacrés à l'examen des effets bénéfiques, la juge en chef ne traite nullement de l'importance des bénéfices invoqués (cette importance étant en quelque sorte considérée acquise au point qu'aucun développement n'est nécessaire). Elle s'efforce plutôt de démontrer que le fait de permettre l'exemption pour motifs religieux demandée par les plaignants compromettrait l'atteinte de ces effets bénéfiques. Or, une telle démonstration ne relève pas du critère de proportionnalité, mais de celui de l'atteinte minimale, puisqu'elle revient à montrer que la mesure contestée est la seule qui permet d'atteindre

³⁸ Le troisième critère de proportionnalité est d'application particulièrement problématique en matière de liberté de religion, puisqu'il s'agit de mettre en balance les fins d'utilité sociale recherchées par le législateur avec une croyance ou une prescription religieuse dont l'importance ne tient ni à sa « vérité » ni à son utilité, mais à sa signification subjective pour le croyant. Dès lors, comment les membres du tribunal, s'ils ne partagent pas les croyances du plaignant, pourraient-ils apprécier l'importance des effets préjudiciables que subit celui-ci ?

³⁹ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, préc., note 16, par. 79.

⁴⁰ *Id.*, par. 80.

« de façon réelle » les bénéfices recherchés, la « solution de rechange » proposée par les plaignants n’y suffisant pas.

Mais c’est l’examen des effets préjudiciables sur la liberté de religion qui retient véritablement l’attention de la juge en chef, car c’est là qu’elle effectue une minimisation de la liberté de religion qui constitue une des trois innovations les plus importantes de l’arrêt par rapport à la jurisprudence antérieure de la Cour suprême (les deux autres innovations étant respectivement l’interprétation inflexible du critère de l’atteinte minimale et le déplacement qui s’ensuit de l’examen de la justification du refus de l’exemption de l’étape de l’atteinte minimale à celle de la proportionnalité).

La juge en chef commence par insister sur le fait que « [l]a simple prétention d’un plaignant qu’une restriction particulière nuit à sa pratique religieuse n’établit pas à elle seule la gravité de la restriction aux fins de l’analyse de la proportionnalité ». Et elle ajoute :

« À vrai dire, si cette prétention pouvait clore le débat, le fardeau de justification qui incomberait à l’État serait si lourd qu’il lui serait impossible de s’en acquitter. Il faut aller plus loin et apprécier l’ampleur des effets réels sur le fidèle. »⁴¹

Autrement dit, si, en application du critère de la « croyance religieuse sincère » de l’arrêt *Amsalem*, la sincérité du plaignant suffit pour attester de la croyance ou de la pratique qu’il invoque⁴², elle ne suffit pas pour éta-

⁴¹ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, préc., note 16, par. 90.

⁴² Cependant, même pour ce qui est de l’existence de la croyance ou du précepte religieux invoqué par le requérant, le critère de la « croyance religieuse sincère » retenu dans l’arrêt *Amsalem*, préc., note 1, a été appliqué, dans la jurisprudence de la Cour suprême postérieure à *Amsalem*, de façon à permettre un certain examen du caractère obligatoire de la croyance ou du précepte et de son rattachement objectif à une religion attestée. Dans l’affaire *Multani*, préc., note 20, après avoir réaffirmé au plan des principes la conception subjective de la liberté religieuse retenue dans *Amsalem*, la juge Charron l’applique de la façon suivante (par. 36) : « En l’espèce, Gurbaj Singh doit donc démontrer qu’il croit sincèrement être tenu par sa foi de porter en tout temps un kirpan en métal. Cette preuve a été faite et elle n’a pas été contredite. Personne ne conteste que la religion sikhe orthodoxe requiert de ses adhérents qu’ils portent en tout temps leur kirpan. Il ressort des affidavits de l’aumônier Manjit Singh et de Gurbaj Singh que les Sikhs orthodoxes doivent respecter un code vestimentaire strict leur imposant le port de symboles religieux communément appelés les cinq K : (1) le kesh (cheveux non

blir que la restriction à sa liberté de religion est suffisamment grave pour

coupés); (2) le kangha (peigne de bois); (3) le kara (bracelet d'acier porté au poignet; (4) le kaccha (sous-vêtement particulier); (5) le kirpan (poignard; épée en métal). De plus, Manjit Singh explique dans son affidavit que la religion sikhe se veut pacifique et encourage le respect des autres religions, que le kirpan doit être porté en tout temps, même au lit, qu'il ne doit pas être utilisé comme une arme dans le but de blesser qui que ce soit et que le refus de Gurbaj Singh de porter un kirpan symbolique fait d'un matériau autre que le métal s'appuie sur une interprétation religieuse raisonnable». Autrement dit, la sincérité *subjective* de la croyance du requérant est évaluée par rapport au témoignage d'un expert religieux, l'aumônier sikh, qui atteste de l'existence *objective* d'une obligation vestimentaire et de son contenu précis (*l'obligation* porte sur un kirpan fait de métal, plutôt que sur un kirpan symbolique fait d'un autre matériau). Dans l'affaire *Bruker c. Marcovitz*, [2007] 3 R.C.S. 607, la Cour était invitée à donner effet à une entente passée entre les parties, deux époux divorcés, dans laquelle ces derniers convenaient de se présenter devant les autorités rabbiniques en vue d'obtenir un divorce juif, ou *get*, après le prononcé du divorce civil. L'époux invoquait la liberté de religion pour se soustraire aux conséquences juridiques de son refus de se conformer à l'entente. Au nom des juges majoritaires (la dissidence ne portant pas sur cet aspect), la juge Abella, après avoir rappelé le critère de la sincérité retenu par la majorité dans l'arrêt *Amselem*, rejette en deux brefs paragraphes la prétention de l'époux en se fondant sur le fait qu'il a exprimé à l'égard de son ex-épouse divers griefs relatifs à la conduite de celle-ci. Elle ajoute ensuite: « Cet aveu confirme, selon moi, que son refus d'accorder le *get* était fondé moins sur une conviction religieuse que sur le fait qu'il était fâché contre Mme Bruker. Sa religion ne l'oblige pas à refuser d'accorder le *get* à Mme Bruker, bien au contraire. Il ne fait aucun doute que selon la loi juive, il *pouvait* refuser de l'accorder, mais c'est tout autre chose de dire qu'un principe religieux l'a empêché de respecter une obligation légale qu'il a volontairement conclue et dont il s'est prévalu des avantages négociés » (par. 69). On remarquera que, dans le passage reproduit ci-dessus, la juge Abella s'appuie également, pour rejeter la prétention de l'époux, outre son manque de sincérité, *sur le fait qu'elle considère qu'objectivement la religion juive n'oblige pas un époux à refuser le get*. Autrement dit, elle applique le critère objectif de l'existence et du caractère obligatoire de la croyance invoquée, lequel avait précisément été rejeté par la majorité dans *Amselem*. C'est un peu comme si la juge Abella considérait que M. Marcovitz ne peut *sincèrement* se croire obligé de refuser le *get* puisque, *objectivement*, sa religion ne l'y oblige pas! La juge Abella a par la suite ajouté que même si, par hypothèse, il y avait atteinte à la liberté de religion de M. Marcovitz, celle-ci serait beaucoup moins grave que le préjudice causé à l'épouse, si bien qu'il ne pourrait donc pas s'appuyer sur la Charte québécoise pour se soustraire aux conséquences de son engagement (s'agissant d'un litige opposant deux particuliers, c'est la Charte québécoise plutôt que la Charte canadienne qui était invoquée).

Pour une relecture de l'arrêt *Amselem* qui montre que le critère de la « croyance religieuse sincère » retenu par les juges majoritaires dans cet arrêt doit être interprété comme exigeant également un lien objectif entre la croyance ou la pratique invoquée et une religion attestée, voir: David ROBITAILLE et Sébastien GRAMMOND, « Les processus

l'emporter sur les effets bénéfiques de la norme incriminée et, ainsi, faire invalider celle-ci. L'existence même et le degré de gravité de l'atteinte à la liberté de religion relèvent d'un examen objectif par le tribunal et non de la croyance sincère du requérant⁴³.

Ensuite, la juge en chef tente de dégager un critère d'évaluation des effets préjudiciables sur la liberté de religion, tout en reconnaissant qu'aucune « recette magique » ne permet de le faire⁴⁴, ce qui explique que la gravité des restrictions doit s'apprécier « au cas par cas »⁴⁵.

Les mesures étatiques qui imposeraient directement une croyance ou une pratique religieuse seraient forcément invalides, en raison de leur objet même; il serait donc inutile de leur appliquer le critère de proportionnalité⁴⁶. Par contre, lorsque les effets préjudiciables sur la liberté de religion découlent d'une norme qui n'a pas pour objet d'imposer ou d'interdire une croyance ou une pratique, et n'empêche pas directement une personne choisir ses croyances ou ses pratiques, mais « rend ce choix plus onéreux », la question devient de savoir si les effets préjudiciables découlant pour le fidèle de la norme contestée sont suffisamment importants pour le priver d'une véritable liberté de choix ou si, au contraire, lui permettent de continuer à exercer une telle liberté :

« La restriction peut causer des inconvénients au fidèle sur le plan financier ou sur les plans de la tradition ou de la commodité. Il se peut néanmoins que, malgré ces inconvénients, le fidèle conserve la possibilité réelle de faire un choix relativement à la pratique en cause. La *Charte* garantit la liberté de religion, mais ne protège pas les fidèles contre tous les coûts accessoires à la pra-

d'accommodement religieux et autochtone dans les institutions publiques canadiennes: quelques comparaisons », (2009) 50 *C. de D.* 75, 97 et suiv.

⁴³ C'est le tribunal plutôt que le requérant qui doit déterminer la gravité des effets préjudiciables sur la liberté de religion à deux étapes différentes: en premier lieu, pour établir si les effets préjudiciables sont suffisamment graves pour entraîner une atteinte à la liberté de religion (les effets doivent être « plus que négligeables ou insignifiants » [par. 32 des motifs de la juge en chef]); en deuxième lieu, s'il y a effectivement atteinte, pour déterminer si les effets préjudiciables sont suffisamment graves pour l'emporter sur les effets bénéfiques de la norme incriminée. Cette deuxième évaluation se place à l'étape du test de la proportionnalité au sens strict. À aucune de ces deux étapes, l'appréciation de la gravité des effets préjudiciables ne relève de la « croyance sincère » du plaignant. Voir également: supra, note 14.

⁴⁴ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, préc., note 16, par. 89.

⁴⁵ *Id.*, par. 91.

⁴⁶ *Id.*, par. 92.

tique religieuse. Plusieurs pratiques religieuses entraînent des coûts dont la société juge raisonnable qu'ils soient supportés par les fidèles. L'impossibilité de bénéficier d'avantages ou privilèges conditionnels prévus par la loi peut faire partie de ces coûts. Une restriction au droit qui entraîne un coût, mais laisse une véritable liberté de choix au fidèle relativement à la pratique en cause sera moins grave qu'une restriction qui le prive réellement de la possibilité de faire un choix.»⁴⁷

On constate qu'un tel critère – à partir de quand les effets préjudiciables d'une mesure ou d'une norme étatique sont-ils assez graves pour faire disparaître pour le fidèle la liberté de choix religieuse? – est forcément d'une application très subjective et qu'elle dépend des conceptions du juge à l'égard de la religion. Si l'on pense que la preuve véritable de la conviction religieuse est la disposition au martyr, on pourra conclure que la souffrance physique ou psychique, voire la perspective de la mort, sont compatibles avec la liberté de choix religieuse! Sans aller jusque-là, beaucoup penseront peut-être que les sacrifices et les renoncements font partie de l'engagement religieux et témoignent de son sérieux.

En l'occurrence, selon la juge en chef, le coût imposé aux Frères huttérites, à savoir «l'impossibilité de conduire sur la voie publique», n'est pas «selon la preuve» (on ne sait pas de quel élément de preuve il s'agit) «suffisamment élevé pour [les] priver de la liberté de faire un véritable choix relativement à leur pratique religieuse, ni pour porter atteinte aux autres valeurs consacrées par la *Charte*»⁴⁸.

Les plaignants soutenaient que l'impossibilité d'obtenir un permis leur imposait également un autre coût, plus important, celui de renoncer à leur mode de vie communautaire rural, un tel mode de vie étant exigé par leurs croyances religieuses. Là encore, la juge en chef leur oppose «la preuve» (sans donner plus de détails que la fois précédente sur les éléments de preuve sur lesquels elle s'appuie) :

«La preuve n'étaye toutefois pas leur prétention que le recours à d'autres solutions pour leurs déplacements sur les voies publiques mettrait un terme au mode de vie rural de la colonie. Dans leur affidavit, les plaignants soutiennent qu'il est nécessaire qu'au moins quelques membres de la colonie puissent conduire entre la colonie et les villes voisines. Ils n'expliquent cependant pas

⁴⁷ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, préc., note 16, par. 95.

⁴⁸ *Id.*, par. 96.

pourquoi il leur serait impossible d'embaucher d'autres personnes titulaires d'un permis de conduire ou de se faire conduire en ville par un tiers au besoin, pour leurs rendez-vous médicaux, par exemple. Beaucoup d'entreprises et de particuliers qui ne peuvent pas ou ne veulent pas conduire s'en remettent à des employés ou au transport commercial. Certes, le recours à un autre mode de transport obligerait la colonie à supporter un coût additionnel sur le plan financier et irait à l'encontre de son autosuffisance traditionnelle. Toutefois, il n'a pas été démontré que ce coût serait prohibitif.»⁴⁹

Et la juge en chef conclut de la façon suivante :

« Ces coûts ne sont pas négligeables. Toutefois le dossier qui nous a été soumis ne démontre pas qu'ils sont assez élevés pour porter gravement atteinte au droit des plaignants de pratiquer leur religion. Ils ne les privent pas de la liberté de choix qui constitue un élément essentiel de la liberté de religion.»⁵⁰

« [L]es effets positifs liés à la restriction sont très importants alors que son incidence sur les plaignants, quoique non négligeable, ne les prive pas de la possibilité d'agir en accord avec leurs convictions religieuses.»⁵¹

L'examen du jugement majoritaire relativement à la gravité de l'atteinte à la liberté de religion exigée pour faire invalider une norme étatique entraînant une telle atteinte, ou créer une obligation d'accommodement ou d'exemption, fait clairement apparaître la volonté de la majorité d'augmenter la difficulté qu'il y a pour les plaignants à invoquer la liberté de religion et, par conséquent, de limiter la portée jugée trop grande de celle-ci. En effet, selon la juge en chef, s'il suffit que les effets préjudiciables sur la liberté de religion soient « plus que négligeables ou insignifiants » pour qu'il y ait atteinte, il faut par contre qu'ils soient « assez élevés pour porter atteinte gravement au droit des plaignants » et pour les « priver de la possibilité d'agir en accord avec leurs convictions religieuses » afin que le tribunal en arrive à la conclusion que *les effets préjudiciables l'emportent sur les effets bénéfiques* des normes publiques qui entraînent l'atteinte à la liberté de religion. Évidemment, du point de vue des plaignants, ce n'est pas le critère de l'existence d'une atteinte qui est le plus important, mais celui de sa gravité aux fins de l'examen de proportionnalité. En effet, à quoi leur

⁴⁹ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, préc., note 16, par. 97.

⁵⁰ *Id.*, par. 99.

⁵¹ *Id.*, par. 104.

sert-il de faire constater une atteinte à la liberté de religion si, aux yeux du tribunal, celle-ci n'est pas suffisamment grave pour faire apparaître une obligation d'accommodement à leur profit ou faire invalider la norme incriminée?

Nous verrons maintenant que le contraste entre les motifs des juges majoritaires et ceux des juges dissidents sur l'appréciation des effets de la mesure contestée sur la liberté de religion des hutterites (la gravité de l'atteinte à cette liberté) ne saurait être plus frappant⁵².

III. Le jugement dissident

La juge Abella a rendu le principal jugement dissident, avec lequel concourent les juges LeBel (qui ajoute ses propres motifs uniquement pour faire certaines remarques sur l'articulation de la deuxième et de la troisième

⁵² Les plaignants invoquaient également, outre l'atteinte à la liberté de religion, l'existence d'une discrimination fondée sur la religion. En première instance et en appel, cet argument n'a pas vraiment été examiné, ce qui est logique, puisque les plaignants ont eu gain de cause sur l'argument de la liberté de religion, ce qui rendait l'argument de la discrimination superfétatoire. Par contre, comme les juges majoritaires en Cour suprême rejettent l'argument des plaignants fondé sur la liberté de religion, on se serait attendu à ce qu'ils examinent avec davantage de soin celui fondé sur la discrimination. Il n'en est cependant rien et la juge en chef le rejette de façon sommaire en quelques brefs paragraphes en affirmant que, à supposer que les plaignants puissent démontrer que le règlement établit une distinction fondée sur le motif de la religion, « celle-ci découle non pas d'un stéréotype méprisant, mais d'un choix politique neutre et justifiable sur le plan rationnel [...] ». Et elle ajoute que « [l]'objet de la demande des membres de la colonie est la pratique inconditionnelle de leur religion, et non l'absence de discrimination religieuse exercée contre eux. [...] » (*Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, préc., note 16, par. 108). Cette position est d'autant plus étonnante que, tel que le rapporte la juge Abella (*Id.*, par. 125), le juge de première instance a souligné que le Procureur général de l'Alberta n'avait pas contesté qu'il y ait atteinte autant à la protection contre la discrimination fondée sur la religion de l'al. 15(1) de la *Charte canadienne* qu'à la liberté de religion protégée par l'al. 2a) de la *Charte*. L'existence d'une discrimination étant concédée par le Procureur général, on se serait attendu à ce que les juges majoritaires l'examinent plus sérieusement! Une telle attitude révèle encore une fois la détermination des juges majoritaires à décourager les demandeurs d'exemptions ou d'accommodements pour motifs religieux. Sur le traitement cavalier de l'argument relatif à l'existence d'une discrimination fondée sur la religion en Cour suprême, voir: Bruce RYDER & Taufiq HASHMANI, « Managing Charter Equality Rights: The Supreme Court of Canada's Disposition of Leave to Appeal Applications in Section 15 Cases, 1989-2010 », (2010) 51 *S.C.L.R.* (2d) 505, 521-523 et 533-535.

étape du test de l'arrêt *Oakes*, ce point ayant été examiné ci-dessus) et le juge Fish (qui se contente, en trois lignes, d'exprimer son accord avec ses deux collègues).

A. La mise en œuvre du critère de l'atteinte minimale dans le jugement dissident

Comme nous l'avons noté plus haut, c'est à l'étape de l'atteinte minimale que la juge Abella commence à se dissocier de la majorité. Elle s'exprime comme suit :

« Il n'est pas difficile pour le gouvernement de prétendre que seule la mesure qu'il a choisie permettra la réalisation *maximale* de l'objectif et que toutes les autres solutions sont insuffisantes et moins efficaces. Il n'y a aucun doute que plus le nombre de photos utilisées est grand, plus les risques sont réduits. Cependant, à l'étape de l'atteinte minimale, nous ne déterminons pas si la mesure attentatoire permet une réalisation de l'objectif gouvernemental plus parfaite que ne le ferait toute autre mesure, mais si le moyen choisi ne limite pas le droit au-delà de ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objectif. »⁵³

« [...] En l'espèce, toutes les mesures de rechange proposées par le gouvernement exigent la prise d'une photo. Or, c'est précisément cet acte qui va à l'encontre des croyances religieuses des membres de la colonie Wilson. Cette exigence éteint donc complètement leur droit [...]. On peut donc difficilement conclure qu'elle porte une atteinte minimale aux droits religieux des hutterites. »⁵⁴

De façon quelque peu inattendue, la juge Abella ajoute ensuite qu'une mesure législative qui ne constitue pas une atteinte minimale peut néanmoins « [être] proportionnée compte tenu de l'importance de l'objectif gouvernemental » et elle ajoute qu'à son avis, « la majeure partie de l'analyse conceptuelle doit être faite à l'étape finale – celle de la proportionnalité. Après tout, c'est de proportionnalité dont il est censé être question à l'article premier »⁵⁵. L'affirmation est surprenante car le test de l'arrêt *Oakes* semble avoir été compris jusqu'à présent comme faisant en sorte qu'une

⁵³ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, préc., note 16, par. 147 (italiques dans le texte).

⁵⁴ *Id.*, par. 148.

⁵⁵ *Id.*, par. 149.

norme qui restreint un droit ou une liberté ne puisse être justifiée que si elle respecte *successivement et cumulativement* les trois critères du lien rationnel, de l'atteinte minimale et de la proportionnalité au sens strict. Si donc la juge Abella considère que la mesure incriminée ne constitue pas une atteinte minimale, le fait qu'elle puisse par ailleurs être considérée comme « proportionnée compte tenu de l'objectif » ne devrait pas suffire à permettre de la considérer comme justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Comment cette position s'explique-t-elle? Peut-être la juge Abella tenait-elle à prendre le contrepied de la position majoritaire en ce qui concerne le critère de proportionnalité des effets préjudiciables et des effets bénéfiques et devait-elle dès lors justifier sa décision de passer à la troisième étape du test de *Oakes*, ce qui était à strictement parler inutile dans son cas puisque le fait de considérer la mesure incriminée comme échouant à l'étape de l'atteinte minimale devait suffire à la faire considérer comme inconstitutionnelle et, par conséquent, mettre fin à l'analyse.

Une autre explication pourrait être trouvée dans l'opinion du juge LeBel, examinée précédemment; en effet, le juge concourt aux motifs de la juge Abella, mais ressent la nécessité d'ajouter ses propres motifs pour expliquer que l'application du critère de la proportionnalité au sens strict peut amener à devoir faire un retour sur le critère de l'atteinte minimale pour modifier les conclusions qui en ont été tirées lors d'un premier examen. Le juge LeBel explique qu'une telle façon de procéder peut amener à conclure qu'une norme dont les effets préjudiciables sont plus considérables que les effets bénéfiques ne constitue pas, pour cette raison, une atteinte minimale, et qu'il faut en conséquence réviser l'objectif poursuivi et se contenter d'un objectif moins ambitieux, qui pourra être atteint par des moyens moins préjudiciables (voir *supra*). Mais cette proposition pourrait également être retournée: dans le cas d'une norme dont les effets bénéfiques sont nettement plus considérables que les effets préjudiciables, il pourrait y avoir un retour sur le critère de l'atteinte minimale pour conclure qu'à la lumière de cette constatation, l'atteinte de l'objectif justifie la norme incriminée, qui devra dès lors être considérée comme entraînant une atteinte minimale. C'est peut-être sous cet angle que la juge Abella considère que, même si le règlement contesté ne satisfait pas le critère de l'atteinte minimale, il faut néanmoins l'examiner à la lumière du troisième critère de proportionnalité.

Quoiqu'il en soit, il faut constater que sur cette position, à savoir que l'étape critique pour l'évaluation d'une demande d'exemption religieuse est constituée par le critère de proportionnalité plutôt que par celui de l'atteinte minimale, il y a accord entre la juge Abella et la juge en chef. Il demeure cependant une différence importante entre les positions des deux juges. Pour reprendre la terminologie que nous avons utilisée auparavant, la juge Abella examine la *nécessité* de l'exemption (ou accommodement) réclamée par les huttérites après avoir constaté sa *faisabilité* (si elle juge que la mesure incriminée ne constitue pas une atteinte minimale, c'est qu'elle considère que la solution de rechange proposée par les huttérites permet d'atteindre l'objectif législatif de façon réelle et substantielle), ce qui paraît logique, alors que la juge en chef, comme nous l'avons souligné, examine la *nécessité* de l'exemption après avoir constaté sa *non-faisabilité*, ce qui paraît moins logique. Soulignons que toutes ces positions pourraient être réconciliées si l'on considérait que les deux critères de l'atteinte minimale et de la proportionnalité au sens strict doivent être appliqués *simultanément* plutôt que *successivement*⁵⁶. Peut-être s'agit-il de la solution

⁵⁶ En fait, on peut se demander si en réalité ce n'est pas ce que les juges font déjà (sans le dire) en appliquant l'analyse sous l'article premier de la *Charte canadienne*. Il est difficile de croire, en effet, qu'en appliquant le critère de l'atteinte minimale, les juges n'aient pas déjà à l'esprit le critère de proportionnalité au sens strict et que les conséquences qu'ils en tirent n'influencent pas leur façon de mettre en œuvre le critère de l'atteinte minimale. En appliquant le test de l'atteinte minimale, n'examine-t-on pas inévitablement la gravité de l'atteinte (les effets préjudiciables), puisqu'on se demande si l'objectif poursuivi ne pourrait pas être atteint par une restriction moindre? Et n'examine-t-on pas inévitablement l'importance des effets bénéfiques, puisqu'on se demande si la recherche d'une atteinte moindre (ou « solution de rechange ») ne justifie pas qu'on se contente d'atteindre l'objectif de façon moins qu'optimale? Autrement dit, même si dans la rédaction d'un jugement les trois critères sont présentés comme étant appliqués successivement, il est vraisemblable qu'ils soient plutôt présents simultanément à l'esprit de celui ou celle qui les applique. Et si effectivement la mise en balance des effets préjudiciables et des effets bénéfiques est déjà réalisée à l'étape de l'atteinte minimale, ne devient-il pas inutile, ou répétitif, de la reproduire au niveau de la proportionnalité au sens strict? Cela expliquerait pourquoi cette troisième étape est si souvent expédiée en quelques phrases, et parfois purement et simplement ignorée. Dans l'affaire des huttérites, la juge Abella, dissidente, s'exprime comme suit (au par. 134) : « Les étapes du test de l'arrêt *Oakes* ne sont pas hermétiques : le principe de la proportionnalité guide l'analyse à chacune des étapes. Cela fait en sorte que l'on soupèse, à chaque étape, l'importance de l'objectif et l'atteinte au droit ». Quant au juge LeBel, également dissident, il affirme (au par. 191) que « [...] cette analyse [l'analyse de proportionnalité] repose sur un lien étroit entre les deux dernières étapes du test de l'arrêt *Oakes*. » Et il ajoute : « Le but du tribunal est essentiellement le même aux deux étapes : établir

vers laquelle se dirige la Cour suprême après avoir pendant près de vingt-cinq ans appliqué le test de *Oakes* comme la mise en œuvre successive de critères distincts dont chacun doit être considéré comme éliminatoire.

Il faut souligner que le déplacement, opéré par les juges majoritaires et approuvé par les juges dissidents, de l'examen de la justification du refus de l'exemption (ou accommodement) de l'étape de l'atteinte minimale à l'étape de la proportionnalité semble venir modifier sur ce point l'arrêt *Multani*, dans lequel la juge Charron, au nom des juges majoritaires, s'exprimait comme suit :

« Il ressort de la jurisprudence en matière de discrimination qu'il existe une obligation de prendre des mesures d'accommodement raisonnable en faveur des individus qui subissent les effets préjudiciables d'une politique ou d'une règle neutre en apparence, et, jusqu'au point où le respect de cette obligation entraîne des conséquences excessives pour la partie qui est tenue d'instaurer les mesures d'accommodement. Sans qu'il soit pour autant nécessaire d'intégrer toute la jurisprudence s'y rapportant, l'analogie avec l'obligation d'accommodement raisonnable me paraît utile pour bien saisir le fardeau qu'impose le critère de l'atteinte minimale vis-à-vis d'un individu en particulier, comme c'est le cas en l'espèce »⁵⁷.

Dans une conférence prononcée à Montréal en mai 2006, le juge LeBel, de la Cour suprême du Canada, commentait ainsi le jugement de la Cour dans l'affaire *Multani* :

« Dans le contexte de cette affaire, c'est-à-dire d'une règle neutre, en apparence valide, mais qui provoque des effets préjudiciables sur un individu, la Cour a décidé d'intégrer à l'analyse de l'atteinte minimale la notion d'accommodement raisonnable développée dans la jurisprudence en matière de discrimination. En bref, pour que la décision individuelle en l'espèce puisse être justifiée, la Commission scolaire devait prouver qu'elle avait tenté de trouver une solution susceptible d'accommoder de façon raisonnable les droits de *Multani* à l'exercice de sa liberté de religion. »⁵⁸

un juste équilibre entre l'action étatique, la préservation des droits garantis par la *Charte* et la protection des droits ou des intérêts qui ne sont peut-être pas protégés par la Constitution, mais qui possèdent toutefois une grande valeur ou importance sociales [...].»

⁵⁷ *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, préc., note 20, par. 53.

⁵⁸ Louis LeBEL, « La jurisprudence de la Cour suprême du Canada sur les droits fondamentaux dans le secteur de l'éducation », (2006) 16 *Education Law Journal* 159, 170.

Dans l'arrêt *Multani*, c'est une décision individuelle, prise par une commission scolaire à l'égard d'un élève en particulier, qui était contestée (encore qu'indirectement cela revenait à contester également la *règle générale* interdisant les armes dans les écoles), alors que dans l'arrêt des huttérites, il s'agissait d'un règlement à portée générale. Cette différence entre les deux affaires explique-t-elle le déplacement du contrôle de la justification du refus de l'accommodement ou de l'exemption de l'étape de l'atteinte minimale à celle de la proportionnalité des effets bénéfiques et des effets préjudiciables? Peut-être, si l'on considère que l'accommodement en cause dans l'affaire *Multani* (le port du *kirpan* par un élève) soulevait principalement des problèmes administratifs de bon fonctionnement de l'école (donc, des problèmes de *faisabilité* de l'accommodement, lesquels sont normalement examinés à l'étape de l'atteinte minimale), alors que l'accommodement en cause dans l'affaire des huttérites soulevait à la fois de problèmes de faisabilité (le maintien de l'exemption diminuerait-il de façon acceptable ou exagérée l'efficacité de la lutte contre le vol d'identité) et des problèmes de mise en équilibre de l'intérêt public et des droits individuels (cette mise en équilibre se faisant à l'étape de l'examen de la proportionnalité). Mais cette distinction, si c'est bien elle qui est en cause, semble artificielle: dans *Multani*, le maintien d'une sécurité acceptable pour les autres personnes fréquentant l'école constituait également un intérêt public à mettre en balance avec la liberté de religion de l'élève *sikh*.

Quelle que soit la raison qui a justifié le changement d'attitude de la Cour suprême, l'important nous semble être de constater que le déplacement de l'examen de la justification du refus de l'exemption demandée par les huttérites de l'atteinte minimale au critère de proportionnalité a eu pour effet de mettre l'accent sur l'évaluation, par les juges majoritaires ou dissidents, de la gravité des effets préjudiciables pour la liberté de religion (mis en balance avec les effets bénéfiques de la norme incriminée), alors que le critère de l'atteinte minimale met plutôt l'accent sur l'efficacité dans l'atteinte de l'objectif poursuivi par la norme incriminée. Or, comme nous l'avons déjà souligné, l'appréciation de la gravité des effets préjudiciables de la norme par rapport à ses effets bénéfiques est forcément plus subjective que l'appréciation de l'efficacité de la norme dans l'atteinte de ses objectifs. Néanmoins, même si la mise en équilibre des effets préjudiciables et des effets bénéfiques constitue un jugement de valeur irréductiblement subjectif, alors que l'appréciation de l'efficacité relève davantage d'un examen empirique, nous allons voir que les juges dissidents ont mis en œuvre

le critère de proportionnalité en s'efforçant, davantage que les juges majoritaires, de faire appel à des éléments de preuve empiriques⁵⁹.

B. La mise en œuvre du critère de proportionnalité des effets préjudiciables et des effets bénéfiques dans le jugement dissident : une analyse davantage fondée que celle de la majorité sur des éléments empiriques

En effet, on est frappé, à la lecture des motifs de la juge Abella portant sur le critère de la proportionnalité au sens strict, par l'effort qu'elle fait pour appuyer son analyse, tant des effets bénéfiques de la mesure contestée que de ses effets préjudiciables, sur des éléments empiriques, alors que la juge en chef se contente, comme nous l'avons constaté, d'affirmations non documentées et d'un vague renvoi à « la preuve » sans préciser en quoi celle-ci consiste.

En ce qui concerne les effets bénéfiques, la juge Abella mentionne l'affidavit produit par le Directeur de l'Unité des enquêtes spéciales du ministère des Services gouvernementaux de l'Alberta qui reconnaît que « le logiciel de reconnaissance faciale n'est pas perfectionné au point de pouvoir déterminer de manière concluante si la personne apparaissant sur deux photos est une seule et même personne »⁶⁰. On se rappellera que la juge en chef insiste beaucoup sur la nécessité de verser une photo de chaque titulaire de permis dans la banque centrale pour assurer le bon fonctionnement de ce logiciel. La juge Abella souligne ensuite que le gouvernement n'a « produit aucune preuve indiquant que l'existence, pendant 29 ans, de permis assortis [...] [d'une exemption de photo obligatoire] aurait nui à l'intégrité du système de délivrance des permis »⁶¹. Elle rappelle également que sept cent mille Albertains ne possèdent pas de permis de conduire, ce qui signifie que leurs photos ne se trouvent pas dans le système et ne peuvent être vérifiées par la technologie de la reconnaissance faciale. On com-

⁵⁹ Dans la mise en œuvre du critère de proportionnalité au sens strict, *l'existence et l'importance* des effets bénéfiques ou préjudiciables peuvent évidemment faire l'objet d'un examen fondé sur des éléments empiriques (comme le montrent les motifs de la juge Abella dans l'affaire des hutterites), mais la « balance des intérêts » proprement dite (le fait de considérer que les uns l'emportent sur les autres) constitue forcément un choix de valeurs dont la « vérité » ou l'exactitude reste indémontrable.

⁶⁰ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, préc., note 16, par. 155.

⁶¹ *Id.*, par. 156.

prend difficilement pourquoi quelque 250 photos manquantes de plus (c'est le nombre de conducteurs huttérites susceptibles de demander l'exemption) entraîneraient des conséquences intolérables pour le système⁶². Par ailleurs, « de nombreux documents servent à des fins d'identification en Alberta, y compris les certificats de naissance, les cartes d'assurance sociale et les cartes d'assurance-maladie, qui ne comportent pas tous une photo »⁶³.

En conclusion, selon la juge Abella : « [l]es effets bénéfiques de la mesure attentatoire sont donc modestes et en grande partie hypothétiques. L'ajout dans le système des huttérites qui détiennent un permis sans photo ne serait apparemment que d'une utilité négligeable dans la prévention du vol d'identité. »⁶⁴

Pour ce qui est des effets préjudiciables sur la liberté de religion des huttérites, la juge Abella cite le juge de première instance (qui est toujours le mieux placé pour évaluer les circonstances de fait d'une affaire au regard de la preuve qui a été présentée), lequel a conclu que la photo obligatoire sans possibilité d'exemption menaçait la capacité des plaignants de maintenir leur mode de vie communautaire, ainsi des historiens qui ont expliqué la nature éminemment autosuffisante et profondément religieuse de la communauté huttérite⁶⁵. Elle ajoute ensuite :

⁶² *Id.*, par. 158.

⁶³ *Id.*, par. 159.

⁶⁴ *Id.*, par. 162. La juge en chef répond de la façon suivante à cet argument des juges dissidents « [...] il repose sur une perception beaucoup trop large de l'objectif de la photo obligatoire pour l'obtention d'un permis de conduire, selon laquelle cette mesure a pour objet d'éliminer complètement les vols d'identité dans la province. [...] Nous devons considérer l'objectif du gouvernement tel qu'il est. Il ne s'agit pas de l'objectif très vaste d'éliminer complètement le vol d'identité, mais de l'objectif plus modeste de préserver l'intégrité du système de délivrance des permis de conduire de façon à réduire au minimum le vol d'identité associé à ce système. La question à laquelle il faut répondre est de savoir si, à l'intérieur de ce système, l'octroi d'exemptions, fondées notamment sur des motifs d'ordre religieux, représente véritablement un risque pour l'intégrité du système de délivrance des permis » (par. 63).

⁶⁵ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, préc., note 16, par. 166. Pour sa part, le juge LeBel, dissident lui aussi, souligne qu'un permis de conduire « est souvent d'une importance capitale dans la vie quotidienne et [que] c'est assurément le cas dans les zones rurales de l'Alberta ». Il ajoute : « On pourrait concevoir d'autres solutions à la fraude d'identité qui se situeraient dans une gamme de mesures raisonnables et permettraient d'établir un juste équilibre entre les intérêts sociaux et constitutionnels en jeu. Il est impossible d'atteindre cet équilibre en minimisant les répercussions des mesures sur les croyances religieuses des huttérites et en leur suggérant de s'en remettre

« Laisser entendre, comme le fait la majorité, que les effets préjudiciables sont mineurs parce que les membres de la colonie pourraient simplement faire appel à un tiers pour leur transport ne tient pas compte de l'importance de cette autosuffisance pour l'intégrité autonome de leur communauté religieuse. Quand il faut faire des sacrifices importants pour pratiquer sa religion devant un fardeau imposé par l'État, l'absence de coercition dans le choix de pratiquer sa religion n'existe plus. »⁶⁶

Et encore :

« La photo obligatoire impérative est une forme de coercition indirecte qui place les membres de la colonie Wilson dans une situation intenable où ils doivent choisir soit de rester fidèles à leurs croyances religieuses, soit de renoncer à l'autosuffisance de leur communauté, une communauté qui a toujours préservé son autonomie religieuse grâce à son indépendance communautaire. »⁶⁷

Par conséquent, pour la juge Abella, la photo obligatoire sans exemption possible pour des motifs d'ordre religieux est inconstitutionnelle, le règlement incriminé étant donc invalide. La juge Abella serait cependant d'opinion de suspendre la déclaration d'invalidité pour une période d'un an afin de donner à l'Alberta la possibilité d'apporter une modification adaptée à la situation, ce qui signifie logiquement, sans que la juge Abella le dise expressément, une exemption pour motifs religieux.

*
* * *

Quels sont les enseignements qui peuvent être tirés de l'analyse de cette décision, d'abord en ce qui concerne l'existence ou non d'une obligation d'adaptation ou d'exemption s'imposant au législateur, ensuite en ce qui a trait à la portée et la mise en œuvre de la liberté de religion ?

Existe-t-il une véritable obligation pour le législateur et l'autorité réglementaire d'adapter leurs normes générales lorsqu'il s'avère que celles-ci ont des effets préjudiciables sur l'exercice de la liberté de religion de certains

aux chauffeurs de taxi et aux services de location de camions pour exploiter leurs fermes et préserver leur mode de vie » (par. 201).

⁶⁶ *Id.*, par. 167.

⁶⁷ *Id.*, par. 170.

individus ou de certains groupes? L'analyse de l'arrêt des huttérites nous fait comprendre que, plutôt que d'une obligation d'adaptation (ou d'«*accommodement*») au sens propre du terme, il s'agit d'une possibilité d'invalidation de la norme concernée «*pour défaut d'exemption*», du moins si la mise en œuvre du test de *Oakes* fait aboutir à la conclusion que l'atteinte à la liberté de religion, qui est entraînée par l'absence d'exemption, n'est pas justifiable. En effet, même la juge en chef accepte l'idée que le règlement pourrait être invalidé pour défaut d'exemption s'il apparaissait que ses effets préjudiciables excèdent ses effets bénéfiques. Quant aux juges dissidents, ils auraient été d'avis d'invalider le règlement parce qu'il ne contient pas d'exemption au profit des huttérites. Ainsi, sur le plan terminologique, il conviendrait de parler de «*l'inconstitutionnalité pour absence d'exemption*» plutôt que de l'«*obligation constitutionnelle d'exemption*». Néanmoins, on ne peut faire autrement que de considérer qu'il existe, dans un sens très général, une obligation du législateur de se conformer à la Constitution. Dès lors, si l'une de ses normes est invalidée pour défaut d'exemption religieuse, le législateur se trouvera dans l'obligation, soit de renoncer définitivement à réadopter la norme originale (à moins qu'il ne décide de la protéger par une disposition dérogatoire adoptée en vertu de l'article 33 de la Charte canadienne), soit de la réadopter en la corrigeant. Si, au surplus, la seule correction possible est l'ajout d'une exemption, il existera bel et bien, dans ce sens indirect, une «*obligation*» pour le législateur de prévoir une exemption.

Dans la mesure où l'on accepte de considérer que, sous cette forme indirecte, une obligation d'exemption existe à la charge du législateur, l'obligation consiste à prévoir une *exception* ou *exemption* s'appliquant de façon générale à toutes les personnes dont les droits sont restreints (donc à la catégorie générale des personnes se trouvant dans la situation considérée), plutôt qu'un *accommodement* ne s'appliquant qu'à une ou plusieurs personnes en particulier. Comme le dit pertinemment la juge en chef dans l'affaire des huttérites, «*de par leur nature, les mesures législatives d'application générale ne sont pas adaptées aux besoins particuliers de chacun. Le législateur n'a ni le pouvoir ni l'obligation en droit de prendre des décisions aussi personnalisées [...]*»⁶⁸. Comme le souligne encore la juge en chef, dans le cas d'une norme de portée générale jugée inconstitutionnelle pour raisons d'absence d'exemption, la mesure correctrice doit être fon-

⁶⁸ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, préc., note 16, par. 69.

dée sur l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* plutôt que sur l'article 24(1) de celle-ci⁶⁹. Par conséquent, la solution « par défaut » sera la déclaration d'invalidité, avec ou sans suspension d'effet (et de fait, l'invalidité avec suspension d'effet est la mesure correctrice choisie par les juges dissidents de la Cour suprême dans l'affaire des huttérites). Mais la mesure correctrice pourrait également être une reformulation judiciaire, si les conditions en sont réunies, le tribunal « ajoutant » lui-même l'exemption manquante par une interprétation élargie. Il est difficile de voir pourquoi l'ajout d'une exemption pour motifs religieux à un texte législatif, par interprétation élargie, serait plus étonnant ou moins acceptable que l'ajout de l'orientation sexuelle comme motif prohibé de discrimination à la loi albertaine qui était contestée dans l'affaire *Vriend*⁷⁰. Par ailleurs, il convient de ne pas confondre l'adjonction par le tribunal, grâce à une interprétation élargie, d'une exemption qui fera partie intégrante de la norme ainsi « reformulée » et qui sera par la suite applicable à tous ceux qui la réclament au nom de leurs convictions religieuses, avec l'« exemption constitutionnelle » au sens habituellement attribué à cette expression, à savoir la déclaration de non-applicabilité d'une norme, par ailleurs considérée comme valide, à un ou plusieurs justiciables en particulier⁷¹.

Dans le contexte de l'arrêt des huttérites, cette inconstitutionnalité pour absence d'exemption (constatée par les juges minoritaires et au moins envisagée comme possible par les juges majoritaires) est (ou serait) fondée sur la seule liberté de religion, plutôt que sur la discrimination (directe ou indirecte) fondée sur religion. En effet, les juges minoritaires examinent seulement l'argument des requérants fondé sur la liberté de religion (par opposition à celui fondé sur la discrimination religieuse)⁷² et la juge

⁶⁹ *Id.*, par. 66 et 67.

⁷⁰ *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

⁷¹ Sur cette question, voir: Jennifer KOSHAN, « Achieving Reasonable Accommodation through Constitutional Remedies », dans Christian BRUNELLE et Patrick A. MOLINARI (dir.), *Reasonable Accommodation and the Role of the State: A Democratic Challenge – Accommodements raisonnables et rôle de l'État: un défi démocratique*, Montréal, Institut canadien d'administration de la justice, 2009, p. 401 ; voir également: José WOEHLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », (1998) 43 *R.D. McGill* 325, 357-359.

⁷² Cependant, la juge Abella fait remarquer que le Procureur général de l'Alberta, qui a concédé que la photo obligatoire porte atteinte à la liberté de religion des membres de la colonie Wilson, n'a pas non plus contesté « le fait que cette exigence impose un fardeau distinct aux membres de la colonie », comme le juge de première instance l'avait

McLachlin, parlant au nom des juges majoritaires, refuse catégoriquement de reconnaître l'existence d'une discrimination fondée sur la religion et, par conséquent, d'une atteinte à l'article 15(1) de la Charte canadienne⁷³. Cet aspect de la décision mérite d'être souligné dans la mesure où il existe encore une certaine controverse sur ce sujet. On sait que l'obligation d'accommodement raisonnable a été d'abord reconnue par les tribunaux comme constituant un corollaire implicite du droit à l'égalité et de l'interdiction de la discrimination (directe ou indirecte)⁷⁴, mais certains auteurs contestent encore qu'elle puisse être également fondée sur d'autres droits ou libertés, en particulier la liberté de religion, considérés indépendamment du droit à l'égalité⁷⁵. Par ailleurs, il faut rappeler que la Cour d'appel du Québec, dans l'affaire *Multani*, a clairement affirmé l'existence d'une obligation d'accommodement fondée sur la seule liberté de religion, autant pour ce qui est de la Charte québécoise⁷⁶ que de la Charte canadienne⁷⁷.

d'ailleurs souligné: *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, préc., note 16, par. 125.

⁷³ Voir: supra, note 52.

⁷⁴ En ce qui concerne l'apparition de la notion au Canada, voir: J. WOEHRLING, préc., note 71, 329-337.

⁷⁵ Pour un examen de la controverse entre ceux qui pensent que l'obligation d'accommodement ne peut être fondée que sur le droit à l'égalité et l'interdiction de la discrimination et ceux qui estiment qu'elle peut également découler d'autres droits ou libertés, en particulier la liberté de religion, voir notamment: D. ROBITAILLE et S. GRAMMOND, préc., note 42, 90-92 (les auteurs sont en faveur de la deuxième position); Christian BRUNELLE, « La sécurité et l'égalité en conflit: la structure de la Charte québécoise comme contrainte excessive? », dans *La Charte des droits et libertés de la personne: pour qui et jusqu'où? Actes du colloque organisé par le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec (28-29 avril 2005)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 343, aux pages 362 et 363 (l'auteur est en faveur de la deuxième position); Stéphane BERNATCHEZ, « Les enjeux juridiques du débat québécois sur les accommodements raisonnables », (2007) 38 R.D.U.S., 233, 260-262 (l'auteur est en faveur de la première position). Nous avons, pour notre part, défendu la deuxième position dans J. WOEHRLING, *id.*, 369-384.

⁷⁶ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 (ci-après « Charte québécoise »). L'article 3 énonce: « Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association ».

⁷⁷ *Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys c. Singh Multani*, [2004] R.J.Q. 824 (C.A.), au par. 75, la juge Lemelin, au nom d'une cour unanime affirme: « La seule atteinte à la liberté de religion donne ouverture à une revendication au droit à un accommodement ».

Enfin, on sait qu'en appliquant le concept d'accommodement raisonnable dans le contexte des relations de travail (que l'employeur soit privé ou public) et, dans une moindre mesure, dans celui de l'accès aux biens et aux services, la jurisprudence insiste traditionnellement sur l'obligation de négocier de bonne foi qui s'impose autant à l'employeur et au fournisseur de services qu'à celui ou celle qui réclame un accommodement, qui a l'obligation de coopérer et d'accepter tout arrangement raisonnable proposé, même s'il n'est pas parfait⁷⁸. Cette obligation réciproque de négocier est évidemment difficile à transposer de façon exacte dans le contexte des normes législatives⁷⁹. Néanmoins, l'affaire des huttréites semble montrer qu'un « processus dynamique par lequel les parties [...] adaptent les modalités de leurs relations aux exigences de la législation sur les droits de la personne [ou, dans notre cas, aux exigences de la Constitution] »⁸⁰ peut également exister dans le domaine des relations entre le législateur et les justiciables. En effet, comme cela a été rapporté précédemment, la norme contestée par les huttréites a bel et bien fait l'objet d'une sorte de « négociation » entre ces derniers et les autorités provinciales, cette négociation ayant cependant échoué. Les autorités provinciales ont proposé deux mesures d'accommodement pour essayer de satisfaire les plaignants. Ces derniers ont cependant rejeté ces deux solutions et proposé leur propre solution de rechange, laquelle a été à son tour rejetée par les autorités provinciales. En fait, le processus d'adoption des lois et des règlements est précisément structuré de façon à permettre aux justiciables d'intervenir, à différentes étapes avant l'adoption définitive d'une norme, pour faire valoir leurs préoccupations et leurs situations particulières (commissions

⁷⁸ Sur ce point, voir : J. WOEHRLING, préc., note 71, 344 et 345.

⁷⁹ Sur ce point, voir : *Id.*, 357 et 358.

⁸⁰ C'est ainsi que s'exprime, au par. 68 de l'affaire des huttréites (*Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, préc., note 16), la juge en chef en faisant référence à l'obligation réciproque de négocier qui existe, en vertu de la législation sur les droits de la personne, dans les relations employeurs-employés. Elle souligne ensuite, dans le paragraphe suivant, qu'il « existe une relation très différente entre le législateur et les personnes assujetties à ses mesures législatives », laissant entendre qu'il s'agit là d'une raison pour ne pas transposer l'obligation d'accommodement dans le contexte des normes de portée générale. Sur la capacité du processus législatif de tenir compte de l'effet futur des lois sur leurs destinataires, voir : N. DES ROSIERS, préc., note 5, 89 et 90. L'auteure s'exprime ainsi à la page 90 : « Modern legislative processes should aim to have the capacity to ascertain whether individuals or groups will be seriously affected by the law. »

parlementaires, prépublication des règlements, etc.). De même, la « discussion » entre les demandeurs d'exemption et les autorités publiques pourrait se situer après une éventuelle invalidation de la norme incriminée avec effet suspendu, le législateur adoptant une nouvelle norme « corrigée » après consultation des intéressés.

Tournons-nous maintenant vers la signification du jugement majoritaire pour la portée et la mise en œuvre de la liberté de religion. D'emblée, on est frappé par l'inconfort et les réticences que la juge en chef exprime, au nom des juges majoritaires, à l'égard de la liberté de religion et des plaignants qui l'invoquent. Comme cela a déjà été mentionné, elle souligne à plusieurs reprises ses inquiétudes relativement à la portée reconnue à la liberté de religion et aux nombreux conflits avérés ou potentiels entre les convictions et pratiques religieuses, d'une part, et les normes de portée générale adoptées dans l'intérêt public, d'autre part⁸¹. Ensuite, elle cherche à présenter les plaignants comme n'étant « pas prêts à transiger sur leurs croyances religieuses », c'est-à-dire comme intraitables, alors qu'ils ont bel et bien proposé un compromis consistant en la délivrance d'un permis sans photo mais portant la mention « non valide comme pièce d'identité »⁸². Sans qu'il soit évidemment possible de montrer une relation de cause à effet, il est difficile de ne pas tirer un parallèle entre ces réticences exprimées par la juge en chef à l'égard de la liberté de religion et des demandeurs d'accommodements religieux, d'une part, et les attitudes d'une large partie de l'opinion publique à l'occasion de la « crise des accommodements raisonnables » qui a fait rage au Québec en 2006-2007, d'autre part⁸³.

Dans un important article, le professeur Lupu, éminent spécialiste de la liberté de religion aux États-Unis, explique les diverses voies que peuvent emprunter les tribunaux pour rejeter ou décourager les demandes fondées sur la liberté de religion, lorsqu'ils les estiment inappropriés, tout en évitant de paraître manquer de sympathie à l'égard des valeurs de cette li-

⁸¹ Voir : *supra*, notes 16 et 18.

⁸² *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, préc., note 16, par. 61. Plus tard, elle dira que les plaignants réclament « la pratique inconditionnelle de leur religion » (par. 108).

⁸³ José WOEHLING, « The “Open Secularism” Model of the Bouchard-Taylor Commission Report and the Decisions of the Supreme Court of Canada on Freedom of Religion and Religious Accommodation », dans Howard ADELMAN and Pierre ANCTIL (dir.), *Religion, Culture and State. Canada and Québec (Reflections on the Bouchard-Taylor Report)*, Toronto, University of Toronto Press (à paraître en 2011).

berté⁸⁴. Ils peuvent ainsi considérer que la norme contestée ne crée pas un « fardeau » (*burden*) suffisamment grave pour l'exercice de la liberté de religion, ou encore que la conviction ou la pratique invoquée par les plaignants n'est pas de nature véritablement religieuse, ne possède pas un caractère suffisamment « central » dans le système religieux considéré, ou n'a pas de caractère obligatoire, ou enfin que le requérant n'y croit pas sincèrement. Dans tous ces cas, il n'y aura pas d'atteinte à la liberté de religion et, par conséquent, pas d'examen de justification. Si par contre le tribunal considère qu'il y a atteinte à la liberté de religion, il peut encore juger que celle-ci est justifiée, conclusion à laquelle il arrivera plus ou moins facilement selon les critères de justification qui seront utilisés et dont on sait que les tribunaux les font varier selon les circonstances, faisant preuve de plus ou moins de « déférence » ou, au contraire, de sévérité, à l'égard de la norme législative ou réglementaire contestée. Chacune de ces « voies d'évitement » présente des caractéristiques propres, avec ses avantages et ses inconvénients⁸⁵. Selon le professeur Lupu, on constate une certaine tendance des tribunaux américains à appliquer de façon relativement exigeante le critère du « fardeau » à l'étape de la vérification de l'existence d'une atteinte, ce qui leur permet de couper court au débat et d'éviter de devoir se prononcer sur les questions difficiles soulevées par la mise en œuvre du critère du caractère objectivement religieux et/ou obligatoire de la croyance ou de la pratique invoquée, du critère de la sincérité du requérant, ou encore par la « balance des intérêts » entre l'atteinte à la liberté de religion et les objectifs d'intérêt public poursuivis par l'État⁸⁶.

Pour ce qui est de la Cour suprême du Canada, nous savons que, dans l'affaire *Amsalem*, elle a en quelque sorte renoncé à utiliser les critères du caractère objectivement religieux et/ou du caractère obligatoire de la croyance ou de la pratique invoquée pour exercer un véritable contrôle sur les demandes fondées sur la liberté de religion⁸⁷. Dans la même affaire, si elle n'a pas renoncé à utiliser le critère de la sincérité du requérant, elle a cependant limité son utilité en restreignant considérablement l'examen auquel il peut légitimement donner lieu⁸⁸. Comme cela a été mentionné

⁸⁴ Ira C. LUPU, « Where Rights Begin: The Problem of Burdens on the Free Exercise of Religion », (1989) 102 *Harvard Law Review* 933.

⁸⁵ Sur ce point, voir : J. WOEHRLING, préc., note 4, 150-164.

⁸⁶ I.C. LUPU, préc., note 84, 947 et 948.

⁸⁷ Voir : *supra*, note 2.

⁸⁸ Voir : *supra*, note 3.

dans l'introduction, il ne lui restait donc que la possibilité d'alourdir le critère du « fardeau » de façon à rendre plus difficile, pour le requérant, la démonstration de l'existence d'une atteinte, ou encore de rendre plus facile, pour l'État, la démonstration de la justification de l'atteinte, si atteinte il y a. La première démarche étant impossible dans l'affaire des huttrites, à cause de l'admission d'une atteinte par le Procureur général de l'Alberta, le jugement majoritaire emprunte la deuxième démarche. Mais en déplaçant le moment décisif du contrôle de la justification de l'atteinte à l'étape du troisième critère de proportionnalité (par opposition à l'étape de l'atteinte minimale), la juge en chef se donne la possibilité de faire jouer l'alourdissement du fardeau à cette ultime étape du test de *Oakes*. En effet, à l'étape du troisième critère de proportionnalité, les plaignants doivent démontrer l'existence d'inconvénients à la pratique de leur religion (l'existence d'un « fardeau ») suffisamment graves pour contrebalancer les effets bénéfiques de la norme incriminée et c'est donc à cette étape que la juge en chef pourra minimiser ces inconvénients et, inversement, amplifier les effets bénéfiques de la politique étatique (et donc considérer que le « fardeau » imposé aux plaignants n'est pas suffisamment important pour contrebalancer les bénéfices de la politique étatique). Autrement dit, si l'on compare la situation canadienne avec celle que le professeur Lupu a observée aux États-Unis, le point commun est l'alourdissement du fardeau dont les plaignants doivent faire la preuve, la différence étant qu'au Canada cet alourdissement se produit à la troisième étape du critère de proportionnalité alors qu'aux États-Unis il se produit à l'étape où doit être prouvée l'existence de l'atteinte. Il reste alors à se demander si la Cour suprême du Canada, lorsque les circonstances le lui permettront dans une prochaine décision, n'alourdira pas également le fardeau exigé pour qu'il y ait atteinte à la liberté de religion, ce qui la dispenserait de se livrer au délicat exercice de la balance des intérêts. Comme nous l'avons souligné plus haut, dans l'affaire des huttrites, la juge en chef laisse entendre que les inconvénients subis par les plaignants n'étaient peut-être pas assez graves pour entraîner une atteinte à leur liberté de religion⁸⁹, bien qu'elle soit obligée de tenir compte de l'admission faite par le Procureur général et du fait que le juge de première instance et la Cour d'appel ont tenu l'existence de l'atteinte pour avérée.

⁸⁹ Voir : *supra*, note 14.

Enfin, comme certains commentateurs l'ont fait remarquer, en faisant porter l'examen sur le critère de proportionnalité au sens strict, plutôt que sur le critère de l'atteinte minimale, le jugement majoritaire réintroduit paradoxalement l'obligation pour les tribunaux d'évaluer la signification, la valeur et l'importance (la « centralité »), pour le plaignant, des croyances ou des prescriptions religieuses invoquées par celui-ci, ce que le choix du critère de la « conviction religieuse sincère », retenu dans *Amselem*, avait précisément pour but d'éviter (alors qu'avec le critère de l'atteinte minimale, l'examen se fait plutôt sur la question de savoir si l'État peut faire des compromis sur les moyens utilisés)⁹⁰. En effet, comment les tribunaux pourraient-ils apprécier la gravité des effets préjudiciables pour la liberté de religion du plaignant sans d'abord s'être fait une opinion sur le caractère plus ou moins important, obligatoire ou facultatif, central ou périphérique, de la prescription ou de la croyance invoquée? Pourtant, c'est précisément la nécessité d'éviter un tel examen, parce qu'il ne relève pas de la compétence des tribunaux et qu'il est susceptible de les obliger à prendre position sur des conflits de doctrine religieuse, qui avait servi de principale justification à la majorité, dans l'affaire *Amselem*, pour le choix du critère de la « conviction religieuse sincère » et le rejet des deux autres critères, celui de la conformité objective de la croyance ou de la pratique invoquée à un système religieux attesté et celui du caractère obligatoire de la croyance ou de la pratique⁹¹.

⁹⁰ R. E. CHARNEY, préc., note 5, 66-67; R. MOON, préc., note 5, 120-121; B. L. BERGER, préc., note 5, 37-39. Ce dernier auteur s'exprime notamment comme suit (aux pages 38 et 39): « Focusing matters squarely on the final stage of the proportionality analysis [...] would seem to demand a meaningful reckoning with the actual significance of the practice or belief with which the legislation interferes. [...] [J]udges will have to engage with this very difficult task of seeking to understand religious belief and practice from the perspective of the applicant, precisely the messy business that the courts seem to wish to avoid. »

⁹¹ Sur cet aspect du jugement majoritaire dans l'affaire *Amselem*, voir: J. WOEHRLING, préc., note 4, aux pages 150-153.

