

Religion and the Secular State in Canada

I. THE RELIGIOUS AND SOCIAL COMPOSITION OF CANADA

Canada is a country of 33.8 million people populating a vast geographic area of almost 10 million km², stretching 8,000 km from the Atlantic to the Pacific Oceans. Its current demographic composition is both a natural consequence of its founding peoples, the French Roman Catholics who settled New France (or Lower Canada, now the province of Quebec), the English Protestants who settled Upper Canada (now Ontario) and the aboriginal communities that lived here for millennia¹ as well as the product of a robust immigrant population from around the world. These complexities make it difficult to pinpoint the religious and social composition of Canada in just one or two sentences. It would be most accurate to describe Canada as a bilingual, multicultural federation operating within a pluralistic society.²

The most recent data pertaining to the religious and social composition of Canada was compiled in the 2001 census, at a time when Canada's population was only 30 million.³ Its results reveal that seven out of every ten Canadians self-identified as either Roman Catholic or Protestant,⁴ with almost 13 million identifying as Roman Catholic (almost half of whom live in Quebec), and another 8.6 million identifying as Protestant.⁵ It is worth noting, however, that this represented a decrease from the 80 percent mark of just a decade earlier. This decrease is due both to the significant immigrant populations that increasingly constitute the Canadian mosaic, as well as the fact that in that ten-year period, the percentage of people who claimed no religious affiliation increased from 12 percent to 16 percent (representing 4.9 million people).⁶ Further, the analysis of the 2001

JOSÉ WOEHLING is Professor in the Faculté de droit de l'Université de Montréal, with principal academic interests in Canadian constitutional law and comparative international law, human rights, and minorities. Professor Woehrling wishes to thank Arnaud Decroix for his research assistance in preparing this report.

ROSALIE JUKIER is Professor in the Faculty of Law and the Institute of Comparative Law, McGill University, where she currently serves as Associate Dean, Graduate Studies. Her principal academic interests lie in the area of comparative private law. Professor Jukier wishes to thank Corey Omer and Michael Otto for their invaluable research assistance which was made possible by the generosity of the Wainwright Trust of the Faculty of Law, McGill University.

1. The most recent 2006 Canadian Census enumerates 1,172,790 Aboriginal people in Canada, comprising 3.8 percent of the country's total population. See Statistics Canada, *Aboriginal Peoples in Canada in 2006: Inuit, Métis and First Nations* (Aboriginal Peoples, 2006 Census), Statistics Canada Catalogue no. 97-558-XIE2006001 (Ottawa: Minister of Industry, 2008), online: Statistics Canada <http://www12.statcan.ca/census-recensement/2006/as-sa/97-558/p2-eng.cfm>.

2. Contrary to the "melting pot" notion prevalent in the United States, Canada sees itself as a mosaic celebrating multiple identities. In 1985, Parliament passed the *Canadian Multiculturalism Act*, R.S.C. 1985 (4th Su), c. 24 aimed at promoting the understanding that multiculturalism reflects the cultural and racial diversity of Canadian society and is a fundamental characteristic of Canadian heritage and identity, and acknowledging the freedom of all members of Canadian society to preserve, enhance and share their cultural heritage.

3. Although Canada conducts a census every five years, questions pertaining to religious affiliation are only asked every ten years and as such, the data from 2001 is the most recent official data on this subject. See Statistics Canada, *Religions in Canada* (2001 Census: analysis series), Statistics Canada Catalogue no. 96F0030XIE2001015 (Ottawa: Minister of Industry, 2003), online: Statistics Canada <http://www12.statcan.ca/english/census01/Products/Analytic/companion/rel/pdf/96F0030XIE2001015.pdf> (Statistics Canada, *Religions*).

4. *Id.* at 5 According to the 2001 census, 72% of the population identified as either Catholic or Protestant.

5. *Id.* at 16. A further 479,620 identified as Christian Orthodox and 780,450 as Christians not included elsewhere.

6. More recent statistics taken from the General Social Survey (GSS) of 2004 indicate that the percentage of Canadians reporting no religious affiliation jumped to 19%. See Warren Clark and Grant Schellenberg, "Who's Religious?" *81 Canadian Social Trends* (2006): 2. This decline reflects a change not only amongst Canada's existing population but also reflects the religiosity of some of its immigrant populations. According to Statistics

census reported that, “the largest gains in religious affiliations occurred among faiths consistent with changing immigration patterns toward more immigrants from regions outside of Europe, in particular from Asia and the Middle East.”⁷ Among this group, those who identified as Muslim recorded the biggest increase.⁸

Statistics on the self-identification of Canada’s religious groups do not, however, tell the whole story of the religious and social composition of this country. While the census data records the religious identification of Canadians, it does not portray the extent of their religious practice or religiosity. As aptly pointed out in a recent article on secularization and religiosity in Canada, “[b]ecause the notion of religiosity is so complex, several different dimensions of *human* religious participation need to be considered.”⁹ A report published in 2006¹⁰ seeks to measure this more nuanced aspect to Canada’s religious composition by way of an index of religiosity.¹¹ Its findings reveal that that while religion continues to play a significant role in Canada,¹² “the last several decades have witnessed an increasing share of the population reporting no religion and a decreasing share reporting monthly or weekly attendance at religious services.”¹³ This move toward secularization has been most acutely felt in Quebec which, over just several decades,¹⁴ moved from being one of the most religious communities in Canada, with a population closely tied to the dictates of the Catholic Church, to one of its most secular.¹⁵

Notwithstanding, or perhaps because of, what some would surmise is an increasingly secular society, there has been a steady stream of cases coming before Canadian courts asserting religious freedom and religious accommodation in both the public and private legal spheres. This Report will attempt to encapsulate the various dimensions of religion and its interaction with the secular state in Canada.

II. THEORETICAL AND SCHOLARLY CONTEXT

This Report on Religion and the Secular State attempts to analyze the relationship of religion and the state in Canada from a variety of perspectives, touching both the private law and public law dimensions of this complex issue. The national reporters have been asked to discuss “how the secular State deals with religion or belief in a way that preserves the reciprocal autonomy of State and religious structures and guarantees the

Canada, *Religions*, supra n. 3, one-fifth of the 1.8 million immigrants who arrived in Canada between 1991 and 2001 reported they had no religion, especially those from China (including Hong Kong) and Taiwan.

7. Statistics Canada, *Religions*, supra n. 3 at 8 (noting that the 2001 Census found that 579,640 people identified as Muslim, 329,995 as Jewish, 300,345 as Buddhist, 297,200 as Hindu and 278,410 as Sikh).

8. *Id.* (showing an increase from 253,300 in 1991 to 579,600 in 2001 representing an increase from 1 percent to 2 percent of the population). In addition, of the 1.8 million new immigrants who came to Canada during the 1990s, Muslims accounted for 15 percent, Hindus almost 7 percent and Buddhists and Sikhs each about 5 percent.

9. Mebs Kanji and Ron Kuipers, “A Complicated Story: Exploring the Contours of Secularization and Persisting Religiosity in Canada,” *Faith in Democracy?: Religion and Politics in Canada*, eds. John Young and Boris DeWiel (Newcastle: Cambridge Scholars, 2009), 18.

10. Clark and Schellenberg, supra n. 6. This report used the General Social Survey (GSS) and the 2002 Ethnic Diversity Survey (EDS) to track religious practice as distinct from religious identification. *Id.*

11. *Id.* at 2. This index of religiosity is measured by the presence of four dimensions of religiosity: religious affiliation, attendance at religious services, frequency of private religious practice and importance of religion. *Id.*

12. *Id.* at 4 The report concluded that overall, 44 percent of Canadians place a high degree of importance on religion in their life and that, judging by the “four dimensions of religiosity,” 40 percent of Canadians have a low degree of religiosity, 31 percent are moderately religious and 29 percent are highly religious. *Id.*

13. *Id.* at 6. Note, however, that as pointed out by Kanji and Kuipers, supra n. 9 at 24, “subjective assessments of religiosity are not the same as actual involvement in religious institutions.”

14. This occurred most notably during the 1960s, a period of intense social change in Quebec that is known as the Quiet Revolution.

15. See “Catholicism in Canada: Quebec Catholics” *CBC News* (2 October 2003), online: CBC News InDepth <http://www.cbc.ca/news/background/catholicism/quebecatholics.html> (noting that weekly Church attendance in Quebec dropped dramatically between the 1950s and 2000 from 88% to just 20%). The heightened sensitivity of Quebecers to religion and religious accommodation culminated in the Bouchard-Taylor Commission. The Commission and its final report are discussed in more detail in the Theoretical and Scholarly Context section of the Report (section 2) at 4–6, below.

human right to freedom of religion and belief.”¹⁶ The snapshot of the diverse and changing social and religious composition of Canada, provided in the introductory section to this Report, underscores the increasing relevance of this question. However, before devolving into a more detailed analysis of this larger question, it is opportune to examine what is meant by the “secular state,” or secularism, in Canada.

Understanding the concept of secularism is key because as legal theorists working in this field have pointed out, “the term ‘secular’ or the declaration that we live in a ‘secular state’ is proposed as the main conceptual means by which Western Liberal societies deal with the expression of religious conscience.”¹⁷ The notion of secularism is “generally understood to mean the ordering of public life exclusively on the basis of non-religious practices and values. It is viewed by many as a neutral ground that stands outside religious controversy.”¹⁸

At the risk of oversimplification, a closer examination reveals two different meanings that may be ascribed to secularism, one which may be termed “rigid secularism”, the other “open secularism.” These competing visions of secularism were at the forefront of the highly publicized Bouchard-Taylor Commission¹⁹ that was constituted in Quebec in February 2007 to investigate the issue of accommodation practices in Quebec in light of it being a pluralistic, democratic and egalitarian society. The Report produced by this Commission aptly pointed out, “We cannot grasp secularism through simple, unequivocal formulas such as “the separation of Church and State,” “State neutrality towards religions” or “the removal of religion from public space,” even though all of these formulas contain part of the truth.”²⁰

According to the Commission, the four key principles constituting any model of secularism are: the moral equality of persons; freedom of conscience and religion; State neutrality towards religion; and the separation of Church and State. Secularism, however, takes on a different meaning depending on the importance given to each of these four principles.

A “strict” or “rigid” conception of secularism would accord more importance to the principle of neutrality than to freedom of conscience and religion, attempting to relegate the practice of religion to the private and communal sphere, leaving the public sphere free of any expression of religion.²¹ Also termed “a-religiousness,” this concept of secularism is obviously less compatible with religious accommodation, as well as antithetical to the recognition of the place of pluralism in the modern state.²²

A more “flexible” or “open” secularism, on the other hand, is based on the protection of freedom of religion, even if this requires a relaxation of the principle of neutrality. In this model, state neutrality towards religion and the separation of Church and State are not seen as ends in themselves, but rather as the means to achieving the fundamental objectives of respect for religious and moral equality and freedom of conscience and religion. In open secularism, any tension or contradiction between the various constituent facets of secularism should be resolved in favour of religious freedom and equality. This conception, which sees secularism as directed at state institutions rather than individuals,

16. In their “questionnaire for the preparation of national reports for the IAACL Congress,” this was the central question that the general reporters, Professors Javier Martinez-Torron and W. Cole Durham, Jr., asked the national reporters to address.

17. Benjamin L. Berger, “The Limits of Belief: Freedom of Religion, Secularism, and the Liberal State” (2002) 17 C.J.L.S. 39 at 49 [hereinafter Berger, “Limits”].

18. Richard Moon, “Introduction: Law and Religious Pluralism in Canada,” *Law and Religious Pluralism in Canada*, ed. Richard Moon (Vancouver: UBC Press, 2008): 6 [hereinafter Moon, “Introduction”].

19. Named as such for the Commission’s co-chairs, Gérard Bouchard and Charles Taylor. Its formal title is the Consultation Commission on Accommodation Practices Related to Cultural Differences.

20. Gérard Bouchard and Charles Taylor, *Building the Future: A Time for Reconciliation* (Quebec City: Government of Quebec, 2008), 135, online: <http://www.accommodements.qc.ca/documentation/rapports/rapport-final-integral-en.pdf>.

21. As Richard Moon points out, “Introduction,” supra n. 18 at 17, it is both difficult to draw the line between private and public and unrealistic to confine religion to private life and wholly insulate it from the impact of state law.

22. Berger, “Limits,” supra n. 17 at 49–50.

does not strive to neutralize or erase religion as an identity marker in society.

Open secularism is the model that is advocated by the Bouchard-Taylor Commission. Moreover, it is the model that recognizes that “secularism and pluralism are both realities of Canadian society.”²³ According to Chief Justice Dickson’s enduring words in the seminal case of *R. v. Big M Drug Mart*, “[a] truly free society is one which can accommodate a wide variety of beliefs, diversity of tastes and pursuits, customs and codes of conduct.”²⁴

By and large, the model of open secularism is applied by Canadian courts in their interpretation of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.²⁵ A more detailed review of the Canadian position, with respect to the variety of contexts in which we have been asked to examine this issue, will provide a more nuanced and complex picture of religion and the secular state, a picture of what is essentially the “coexistence of religious and non-religious individuals and communities in a diverse contemporary society.”²⁶

III. THE CONSTITUTIONAL AND LEGAL CONTEXT

A. Pre-Confederation Period (1759-1867)²⁷

Au Canada, la neutralité étatique en matière de religion et la séparation de l’État et des religions ne se trouvent pas affirmées de manière expresse dans les instruments constitutionnels, mais les tribunaux ont fait progressivement découler de tels principes de la liberté et de l’égalité religieuses. Par contre, les fondements de la liberté religieuse et de l’égalité des cultes remontent au XVIII^e siècle et découlent des nécessités politiques dont devait tenir compte la Grande-Bretagne après sa conquête de la Nouvelle-France aux dépens du Royaume de France en 1759. Le gouvernement britannique, malgré son projet initial d’établir l’Église anglicane et d’appliquer au Canada les mesures anti-catholiques en vigueur dans la métropole et dans ses autres possessions, dut rapidement reconnaître la liberté de culte à ses nouveaux sujets catholiques afin de s’assurer de leur loyauté et d’éviter qu’ils ne s’associent aux colons américains dans leurs positions anti-britanniques (*Proclamation royale* de 1763).²⁸ L’*Acte de Québec* de 1774,²⁹ confirme cette visée conciliatrice et autorise l’Église catholique à prélever la dîme.

En outre, la même loi abolit l’exigence du serment du Test (*Test Oath*) qui imposait aux catholiques voulant accéder à des fonctions publiques l’abjuration de la fidélité au pape, une déclaration contre le dogme de la transsubstantiation et contre le culte de la Vierge. Dans les autres territoires britanniques et même aux États-Unis, les catholiques n’obtiendront des mesures d’assouplissement similaires que plusieurs décennies plus tard. En 1832, le Parlement du Bas Canada (l’actuel Québec) adoptait une loi reconnaissant aux personnes de religion juive “tous les droits et privilèges des autres sujets de Sa Majesté”.³⁰

23. *Id.* at 50. See also Benjamin L. Berger, “Law’s Religion: Rendering Culture,” *Law and Religious Pluralism in Canada*, ed. Richard Moon (Vancouver: UBC Press, 2008): 264.

24. [1985] 1 S.C.R. 295 at para. 94, 18 D.L.R. (4th) 321 [hereinafter *Big M* cited to S.C.R.].

25. *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c.11 [hereinafter *Charter*]. See José Woehrling, “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,” *Religion, Culture and the State – Reflections on the Bouchard-Taylor Commission*, eds. Howard Adelman and Pierre Anctil (Toronto: University of Toronto Press, forthcoming in 2010).

26. Shauna Van Praagh, “View from the *Succah*: Religion and Neighbourly Relations,” *Law and Religious Pluralism in Canada*, ed. Richard Moon (Vancouver: UBC Press, 2008): 22.

27. Pour l’histoire des relations État-Églises au Canada, voir Douglas A. Schmeiser, *Civil Liberties in Canada*, Aalen Scientia Verlag, 1977 (Reprint of the Edition Oxford 1964), 54 suiv.; Jacques-Yvan Morin and José Woehrling, *Les constitutions du Canada et du Québec – Du régime français à nos jours*, Montréal, Éditions Thémis, 1992, 93 suiv.; Siméon Pagnuelo, *Études historiques et légales sur la liberté religieuse en Canada*, Montréal, Beauchemin et Valois, 1872; Micheline Milot, *Laïcité dans le Nouveau Monde. Le cas du Québec*, Turnhout, Brepols Publishers, 2002.

28. A. Short and A.G. Doughty, *Canada, Constitutional Documents*, 1921, 136-141.

29. *An Act for making more effectual Provision for the Government of the Province of Quebec in North America*, 14 Geo. III, c. 83 (1774).

30. 1 Will. IV, c. 57 (1831).

Il fallut attendre plus d'un quart de siècle pour que le Parlement britannique reconnaisse pleinement à son tour, en 1858, les droits politiques des Juifs. Un autre événement déterminant pour les avancées de l'égalité des cultes a été l'adoption de la *Loi sur la liberté des cultes* (*Freedom of Worship Act*, 1851)³¹ qui condamne toute restriction au libre exercice du culte. En 1854, une autre loi abolit les avantages matériels et financiers qui avaient jusqu'alors été accordées à l'Église anglicane.³² La séparation des Églises et de l'État était dès lors nettement consacrée.

B. *Federal Constitution of 1867*

Cette tradition politique trouvera sa confirmation dans la constitution créant la fédération canadienne et le Canada moderne en 1867. *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique*³³ ne comporte aucune disposition sur les relations qui régissent l'État et les religions et son préambule ne fait aucune référence à Dieu ou à un Être suprême. Cette constitution ne garantit pas davantage la liberté de religion (pas plus que les autres droits ou libertés, l'absence de toute déclaration constitutionnelle des droits étant conforme au principe britannique de la souveraineté du Parlement), mais les mesures antérieures protégeant la liberté et l'égalité religieuse sont maintenues en vigueur. La constitution de 1867 contient toutefois un élément dérogatoire à l'égalité des religions (toujours en vigueur aujourd'hui) en prévoyant une protection spéciale, en matière d'administration scolaire, pour les catholiques et les protestants lorsqu'ils se trouvent en situation minoritaire (protection qui avait été considérée nécessaire en 1867 pour rassurer les minorités religieuses là où elles existaient).³⁴ Il n'y a pas de religion d'État. Les activités religieuses ne font l'objet d'aucune restriction constitutionnelle. Aucun soutien financier n'est prévu pour les Églises et l'État ne perçoit aucun impôt à des fins de redistribution aux communautés religieuses. Les édifices de culte ne sont pas entretenus aux frais de l'État. Ces principes de neutralité religieuse de l'État et de séparation du pouvoir politique et des autorités religieuses seront par la suite régulièrement rappelés dans la jurisprudence des tribunaux supérieurs.³⁵

Ainsi, jusqu'en 1982, le Canada présentait l'exemple d'un pays dans lequel les principes de liberté et d'égalité religieuses et de séparation de l'État et des Églises étaient mis en œuvre par des lois ordinaires, sans être prévus dans la constitution formelle, et résultaient du pragmatisme et des nécessités politiques plutôt que de l'application de principes généraux. Cette situation a quelque peu changé avec l'inscription formelle de la liberté de conscience et de religion dans la Constitution en 1982.

C. *Freedom of Religion and Conscience in the Canadian Charter (1982) and its Jurisprudential Interpretation*

La *Charte canadienne des droits et libertés*,³⁶ adoptée en 1982, ajoute à la

31. 14 & 15 Vict., c. 175.

32. *Clergy Reserves Act*, 18 Vict., c. 2 (1854).

33. Aujourd'hui *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, reproduite dans L.R.C. 1985, a II, n° 5.

34. *Id.*, art. 93. Cette question est traitée plus loin dans le présent rapport, aux 20-23, ci-dessous.

35. Ainsi, en 1955, dans l'arrêt *Chaput c. Romain*, le juge Taschereau de la Cour suprême du Canada exposait les principes applicables comme suit : "In our country, there is no state religion. All religions are on an equal footing, and Catholics as well as Protestants, Jews, and other adherents to various religious denominations enjoy the most complete liberty of thought": [1955] S.C.R. 834, à la 840.

36. *Charter*, supra n. 25. Sur l'interprétation par les tribunaux canadiens de la liberté de religion garantie dans la *Charte canadienne*, voir de façon générale : José Woehrling, "Quelle place pour la religion dans les institutions publiques ?" dans *Le droit, la religion et le "raisonnable"* (sous la direction de Jean-François Gaudreault-DesBiens), Montréal, Éditions Thémis, 2009, 115-168; José Woehrling, "L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse," (1998) 43 *Revue de droit de McGill* 325-401; Richard Moon, «Liberty, Neutrality, and Inclusion : Religious Freedom Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms», (2003) 41 *Brandeis Law Journal* 563; Donald L. Beschle, «Does the Establishment Clause Matter? Non-Establishment Principles in the United States and Canada», (2002) 4 *U. Pa. J. Const. L.* 451; Bruce RYDER, "State Neutrality and Freedom of Conscience and Religion," (2005) 29 *Supreme Court Law Review* (2d) 169; Paul Horwitz, "The Sources and Limits of Freedom of Religion in a

Constitution un instrument de protection des droits et libertés qui lui faisait auparavant défaut et qui garantit, entre autres, “la liberté de conscience et de religion” (art. 2(a)). Le préambule de la *Charte* contient également une référence à la “suprématie de Dieu”, laquelle ne s’est cependant vue reconnaître aucune portée significative dans les décisions des tribunaux. Quant à la liberté de conscience et de religion, les tribunaux, en particulier la Cour suprême du Canada, lui donnent dans leur jurisprudence un double contenu.³⁷ En premier lieu, une liberté positive et négative d’exercice de la religion : le contenu positif correspond à la liberté d’avoir des croyances religieuses, de les professer ouvertement et de les manifester par leur mise en pratique, par le culte et par leur enseignement et leur propagation; le contenu négatif correspond au droit de ne pas être forcé, directement ou indirectement, d’embrasser une conception religieuse ou d’agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience. Dans ce dernier sens, la Cour suprême a souligné que la protection offerte par la liberté de conscience et de religion s’appliquait également “aux expressions et manifestations d’incroyance et au refus d’observer les pratiques religieuses”,³⁸ donc, à l’athéisme, à l’agnosticisme, au scepticisme et à l’indifférence religieuse.

En second lieu, la liberté de conscience et de religion impose une obligation de neutralité à l’État en matière religieuse. La question qui n’est pas encore clairement résolue en droit canadien est celle de savoir si la neutralité religieuse imposée à l’État l’empêche seulement de privilégier ou de défavoriser une religion par rapport aux autres (cette première facette de la neutralité est clairement reconnue) ou s’il est également interdit à l’État de favoriser la religion en général par rapport aux autres convictions profondes entretenues par les individus, et en particulier par rapport aux convictions a-religieuses ou anti-religieuses comme l’athéisme. Si cette deuxième interprétation du concept de neutralité était retenue, il faudrait en conclure que les accommodements ou exemptions en matière religieuse sont constitutionnellement prohibés, puisqu’ils constituent une façon de favoriser la religion (c’est un point de vue qui est présenté par certains auteurs des États-Unis). Or, comme on le verra plus loin dans ce rapport, les tribunaux canadiens admettent l’existence d’une obligation d’accommodement s’imposant constitutionnellement à l’État sur le fondement de la liberté de religion, ce qui est incompatible avec une interprétation de l’obligation de neutralité qui empêcherait l’État d’aider les religions de façon non-discriminatoire.³⁹ On verra également, dans une section subséquente du présent rapport, qu’à l’heure actuelle, la moitié des provinces canadiennes ont choisi de financer les écoles religieuses privées, sans que cette pratique ait jamais été contestée constitutionnellement comme contraire au principe de neutralité religieuse de l’État.⁴⁰

D. The Individualistic and Subjective Conception of Freedom of Religion Adopted by the Supreme Court of Canada

Traditionnellement en droit canadien, la personne qui invoque un précepte religieux

Liberal Democracy: Section 2(a) and Beyond,” (1996) 54 *University of Toronto Faculty of Law Review* 1.

37. Voir notamment l’arrêt *Big M*, supra n. 24.

38. Id. au para. 123, juge en chef Dickson (“Historiquement, la foi et la pratique religieuses sont, à bien des égards, des archétypes des croyances et manifestations dictées par la conscience et elles sont donc protégées par la *Charte*. La même protection s’applique, pour les mêmes motifs, aux expressions et manifestations d’incroyance et au refus d’observer les pratiques religieuses» [nos italiques]).

39. De nombreux auteurs prennent la position selon laquelle le principe de neutralité reconnu au Canada, doit être considéré comme moins rigoureux que le principe de non-établissement aux États-Unis; voir notamment : Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Scarborough, Thomson-Carswell, 2005, 945; Ryder, supra n. 36 aux 174-179; Howitz, supra n. 36 aux 60-61 (“... aid to religion should be constrained by only two considerations. It must not create an “element of religious compulsion” on the part of any believers or non-believers in a given faith. Also, while government aid may properly create the impression that the state is supportive of religion as it is of other mediating institutions, it should not create the impression that it has singled out a particular faith, or religiosity over non-religiosity, for endorsement. Endorsement, even if it does not compel behaviour on the part of the minority, defeats the pluralism and multiculturalism that are a central part of religion’s value to society” [notes infrapaginales omises]).

40. Voir la partie intitulé “Financial Support for Religious Private Schools” aux 20-23, ci-dessous.

doit d'abord prouver l'existence *objective* de ce précepte; à cette fin, elle doit normalement pouvoir s'appuyer sur les enseignements d'une religion existante. Ensuite, elle doit démontrer la sincérité de sa croyance dans le précepte, ce qui constitue un élément *subjectif*. Cependant, on constate que les tribunaux canadiens sont portés à éviter d'avoir à donner une définition objective de la religion ou de se prononcer sur la nature des croyances ou convictions invoquées; pour cette raison, ils tendent à se fier davantage, voire exclusivement, au critère subjectif de la sincérité de ceux qui invoquent la liberté de conscience et de religion. Ainsi, la Cour suprême a défini la liberté religieuse comme "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 pratique ou la croyance est prescrite par un dogme religieux officiel ou conforme à la position de représentants religieux".⁴¹ Cette approche a l'avantage d'éviter aux tribunaux de devoir examiner le contenu des prescriptions religieuses et prendre position, le cas échéant, par rapport aux conflits de doctrine existant au sein d'une communauté de croyants. Par contre, elle leur rend plus difficile le rejet des demandes opportunistes ou fantaisistes fondées sur de prétendues croyances religieuses.

Enfin, il faut signaler que les provinces canadiennes ont adopté des lois sur les droits de la personne qui protègent également la liberté de conscience et de religion et/ou interdisent la discrimination fondée sur la religion.⁴² Bien que contenues dans des lois modifiables selon le processus législatif ordinaire, ces lois sur les droits de la personne se voient reconnaître une autorité "quasi-constitutionnelle" dans la mesure où les lois provinciales ordinaires ne peuvent y déroger que de façon expresse. Elles peuvent donc servir, comme la *Charte canadienne des droits et libertés*, de fondement à l'exercice d'un contrôle judiciaire des lois provinciales ordinaires, lesquelles seront invalidées si elles sont jugées incompatibles avec les droits et libertés que les lois sur les droits de la personne protègent (à moins de contenir une disposition de dérogation expresse). Mais, surtout, les lois provinciales des droits de la personne, contrairement à la *Charte canadienne* qui ne s'applique qu'à l'action étatique, s'appliquent également aux relations privées. Elles peuvent donc être invoquées pour protéger la liberté de religion ou l'égalité religieuse contre les atteintes provenant de simples particuliers, comme les employeurs privés ou les entreprises de transport, de biens et de services relevant du secteur privé. Les lois provinciales sur les droits de la personne sont appliquées en dernière instance par la Cour suprême du Canada et celle-ci utilise pour leur interprétation et leur mise en oeuvre les mêmes concepts que ceux qu'elle a développés pour l'application de la *Charte canadienne*, notamment en matière de liberté de conscience et de religion et d'égalité religieuse. On examinera plus loin dans ce rapport une importante décision de la Cour suprême (l'affaire *Amsalem*⁴³) dans laquelle celle-ci a appliqué les dispositions en matière de liberté de religion de la loi québécoise sur les droits de la personne.⁴⁴

IV. THE STATE AND RELIGIOUS AUTONOMY

The purpose of this section is to examine whether the state may intervene in the life or organization of religious communities and how far secular law may go in restricting the autonomy of religious communities to govern themselves. The short answer to this question is that in Canada, the state and religious communities operate in separate spheres

41. *Syndicat Northcrest c. Amsalem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551 au para. 46, 241 D.L.R.(4^e) 1 [*Amsalem* avec renvois aux R.C.S.].

42. Voir par ex. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12, art. 3, 10 [Quebec *Charter*]; *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, c. H.19, art. 1-3, 5-6; *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, ss. 7-11, 13-14; *Alberta Human Rights Act*, R.S.A. 2000, c. A-25.5, ss. 3-5, 7-9; *Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1, ss. 4, 9-19. Voir généralement *Human Rights Legislation : An Office Consolidation*, Toronto, Butterworths, 1991.

43. *Supra* n. 41.

44. Voir la partie intitulé "Freedom of Religion and Contractual Promises" aux 13-15, ci-dessous.

and, in principle, it is not the role of the state, or secular courts, to intervene in their organization, nor to interfere in their autonomous governance. As Justice Iacobucci of the Supreme Court of Canada stated, “the State is in no position to be, nor should it become, the arbiter of religious dogma.”⁴⁵

However, as with most issues canvassed in this Report, the immediate response requires a more nuanced analysis. One way to provide such analysis is to focus on a recent Canadian case where this issue arose and where judges, and the academic community commenting on their judgments, responded with different reactions. The case is *Bruker v. Marcovitz*⁴⁶ and its facts turn on a promise made in the context of a corollary relief settlement entered into upon the divorce of a married couple. The settlement contained a so-called “get clause” – a commitment on the part of the husband to appear before the *Beit Din*, or rabbinic tribunal, for the purpose of obtaining a *get*, or Jewish divorce, thereby releasing his wife religiously from the marriage.⁴⁷ The husband refused to appear before the *Beit Din* for over 15 years and the wife initiated an action in the secular courts for monetary damages to compensate her for this extended non-compliance with the commitment to consent to a *get*.

A unanimous Court of Appeal, as well as two dissenting judges of the Supreme Court, found that as the substance of the obligation to consent to the *get* was exclusively religious in nature, any alleged breach could not be enforced by secular courts. The Court of Appeal held the issue to be non-justiciable before secular courts, since such courts must refrain “from becoming involved in disputes between parties that are internal to their religions.”⁴⁸ Justice Deschamps, writing for the dissent in the Supreme Court, echoed this view stating “secular law has no effect in matters of religious law Where religion is concerned, the state leaves it to individuals to make their own choices. It is not up to the state to promote a religious norm. That is left to religious authorities.”⁴⁹

The majority of the Supreme Court, however, found the obligation consented to by the husband to be an enforceable contractual obligation, notwithstanding its link to religion.⁵⁰ While it is arguable that religious obligations are merely moral obligations and therefore unenforceable, in this instance, the husband was seen as having transformed his moral obligation into a civil or juridical one by voluntarily consenting to perform it in a non-religious contract.⁵¹ Moreover, notwithstanding the husband’s argument to the contrary, the enforcement of this contractual obligation was found not to be contrary to his rights based on freedom of religion.⁵²

45. *Anselem*, supra n. 41 at para 50.

46. 2007 SCC 54, [2007] 3 S.C.R. 607, 288 D.L.R. (4th) 257 [*Bruker* cited to S.C.R.]. For some of the academic commentary generated by this judgment see generally Rosalie Jukier and Shauna Van Praagh, “Civil Law and Religion in the Supreme Court of Canada: What Should We Get out of *Bruker v. Marcovitz*?” (2008) 43 Su Ct. L. Rev. (2d) 381; M. H. Ogilvie, “*Bruker v. Marcovitz*: Get(ting) Over Freedoms (Like Contract and Religion) in Canada” (2009) 24 N.J.C.L. 173 [hereinafter Ogilvie, “*Bruker*”]; Richard Moon, “*Bruker v. Marcovitz*: Divorce and the Marriage of Law and Religion” (2008) 42 Su Ct. L. Rev. (2d) 37 [hereinafter Moon, “*Bruker*”]; Benoît Moore, “Contrat et religion: À la volonté de Dieu ou des contractants? Commentaire sur l’affaire *Marcovitz c. Bruker*” (2009) 43 R.J.T. 219; Louise Langevin et al., “L’affaire *Bruker c. Marcovitz* : variations sur un thème” (2008) 49 C. de D. 655.

47. According to Jewish law, a marriage remains in effect until a *get* is given by the husband, supervised by the rabbinic tribunal (*Beit Din*). Without such *get*, a Jewish woman cannot re-marry with religious sanction and any civilly consecrated marriage will not be recognized by Jewish law. Moreover any children issuing from a subsequent union are considered illegitimate according to traditional rules of Orthodox Judaism. Rabbi Jonathan Reiss, “Jewish Divorce and the Role of Beit Din” Jewish Action (Winter 1999), online: Jewish Law <http://www.jlaw.com/Articles/divorcebeit.html>.

48. *Marcovitz v. Bruker*, 2005 QCCA 835, 259 D.L.R. (4th) 55 at para. 77, [2005] R.J.Q. 2482 [hereinafter *Bruker* QCCA cited to D.L.R. (4th)].

49. In *Bruker*, supra n. 46 at para 132.

50. As pointed out by John C. Kleefeld and Amanda Kennedy, “‘A Delicate Necessity’ *Bruker v. Marcovitz* and the Problem of Jewish Divorce” (2008) 24 Can. J. Fam. Law 205 at 275, “the mere existence of a religious element in a dispute should not isolate it from a judicial lens”.

51. A contractual analysis by Jukier and Van Praagh, supra n. 46 at 388-398. See also Moore, supra n. 46.

52. The husband’s claim was that the judicial enforcement of this obligation would be contrary to his freedom to abstain from participating in a religious obligation or appearing before a religious tribunal, protected by the Quebec *Charter*, supra n. 42, s. 3. This issue is discussed in more detail in Section V of this Report,

The complicating factor in this case is that by virtue of internal Jewish religious law and practice, the power to deliver the *get* is asymmetrical, lying primarily in the hands of the husband, thereby making its effects potentially discriminatory and contrary to the equality rights of women that are protected in Canadian society. Undeniably, Jewish women have sometimes been coerced to consent to unreasonable terms and conditions in order to obtain this religious release from their marriage and to avoid alienation from their community and its religious norms. However, this raises the delicate question of whether the majority's decision stepped over the line of the secular courts' jurisdiction by indirectly furthering gender equality for religious women.⁵³ Some see the decision as an inappropriate interference in internal religious decisions and autonomy since "it is not the role of secular courts to palliate the discriminatory effect of the absence of a *ghet* on a Jewish woman who wants to obtain one."⁵⁴

On the one hand, viewed from the perspective of the dissent, this case may be seen as a crucial test of the state's secular identity and its commitment to viewing personal faith and law as operating within two parallel universes. On the other hand, viewed from the perspective of the majority, it may be seen, more simply, as a case where religious people happened to have entered into a valid consensual agreement, albeit one with religious overtones, but nonetheless, a case of an ordinary contract to which ordinary contract principles apply.⁵⁵ To hold otherwise, "might unfairly deny religious individuals the power to make binding legal arrangements based on their values, practices and interests."⁵⁶

The *Bruker v. Marcovitz* decision provides the ideal factual framework to examine the Canadian position on the state and religious autonomy, but it is by no means the only circumstance in which this issue arises. In *Bruker*, the courts had to grapple with enforcing an ostensibly religious obligation that had been consented to in the context of a civil agreement. The reverse may also occur. Canadian courts have been called upon to enforce contractual provisions (seemingly non-religious ones such as the payment of money) within the context of a religious contract. This has occurred with respect to the enforcement of the payment of the *mahr* (a lump sum payment claimed by the wife upon divorce) agreed to in the Islamic marriage contract. There is not, as of yet, unanimity on the subject of enforcing such a promise amongst Canadian courts.⁵⁷

The larger question of the effect given by state courts to decisions made by religious bodies or tribunals is also tied to the question of the state and religious autonomy, which is canvassed in more detail in a subsequent section of this Report dealing with the larger issue of the civil legal effects of religious acts.⁵⁸

V. LEGAL REGULATION OF RELIGION AS A SOCIAL PHENOMENON

below.

53. See e.g., Moon, "*Bruker*," supra n. 46 at 62. Moon is generally favourable to the decision but states that Madam Justice Abella, writing for the majority, was "acting to mitigate the inequity of the divorce rules of Judaism." Id.

54. *Bruker* QCCA, supra n. 48 at para 76. See also Ogilvie, "*Bruker*," supra n. 46 at 173, who sees this decision as advocating "a more interventionist role for the civil courts in disputes involving religious issues than has previously been the case in Canadian jurisprudence. One of his criticisms of the decision, expressed at 186, is that "the majority privileged its understanding of the dignity of Jewish women and the equality of women and children in law over *Marcovitz*' religious freedom".

55. This is largely the conclusion adopted by by Jukier and Van Praagh, supra n. 46.

56. Moon, "*Bruker*," supra n. 46 at 47.

57. See *Kaddoura v. Hammoud* (1998), 168 D.L.R. (4th) 503, 44 R.F.L. (4th) 228 (Ont. Ct. J.) (refusing to enforce the payment of the *mahr*). Compare with cases in which the *mahr* was enforced: *M. (N.M.) v. M. (N.S.)*, 2004 BCSC 346, 26 B.C.L.R. (4th) 80, 130 A.C.W.S. (3d) 333; *Amlani v. Hirani*, 2000 BCSC 1653, 194 D.L.R. (4th) 543, 13 R.F.L. (5th) 1; *Nathou v. Nathou* (1996), 68 A.C.W.S. (3d) 487; *Nasin v. Nasin*, 2008 ABQB 219, 443 A.R. 298, 53 R.F.L. (6th) 446. In *Nasin*, the *mahr* was not enforced because it did not meet the requisite statutory formalities for a pre-nuptial contract; however, at para. 24 the court stated that "[a] s to the religious aspects of the *Mahr*, if parties enter into pre-nuptial agreements in a religious context, they will be enforced if they meet the requirements under the *Matrimonial Property Act* and the courts do not find the contracts invalid for other reasons." Id. See generally Pascale Fournier, "In the (Canadian Shadow) Shadow of Islamic Law: Translating *mahr* as a Bargaining Endowment" (2006) 44 O.H.L.J. 649.

58. See Section VII of this Report, below, entitled "Civil Legal Effects of Religious Acts," in particular, part C: "Civil Effects of Religious Decisions outside the Family Context."

In Canada, religious affiliation of individuals has no legal consequences under State law. Pursuant to the equality clause of the Canadian *Charter of Rights and Freedoms*,⁵⁹ all Canadians benefit from equality before and under the law without discrimination based on a variety of factors including religion.

The question of whether freedom of religion, protected by section 2(a) of the *Charter*, may entitle individuals to be exempt from laws or contractual clauses on the basis of conscientious objection is a broader question that merits a more nuanced answer. This section will examine this question first in the context of private law, namely the extent to which freedom of religion entitles individual parties to claim exemption from contractual clauses of general application. It will then examine the question in the context of public law and the requirement that the State provide individuals reasonable accommodation from laws of general application on the basis of religious objection.

A. *Freedom of Religion and Contractual Promises*

At the outset, it should be noted that the protective function of the federal *Charter of Rights and Freedoms* is limited to State action, namely laws of general application or governmental action.⁶⁰ Private agreements between individuals are thus not subject to the federal *Charter* and any religious protections must be found in equivalent provisions in provincial Human Rights Codes or the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*.⁶¹

The precise question of whether freedom of religion entitles a contracting party to be exempt from a provision in a private agreement arose in the Canadian context in the seminal case of *Syndicat Northcrest v. Amselem*.⁶² That case concerned a private contract entered into by a co-owner of an apartment unit in a Montreal condominium. Under the terms of the by-laws in the declaration of co-ownership, the owners of the individual units contractually agreed not to erect any constructions of any kind on their balconies. While the purpose of such restriction was to create a clean and uniform outward appearance of the building, it resulted in a legal battle over the right of one of the condominium owners to erect a temporary structure, a Succah (a form of hut), on his balcony in order for him to observe the week-long Jewish High Holiday of Succot.⁶³

The unusual aspect of this claim to freedom of religion was that it was not, as is most often the case, being asserted against the State. The assertion of the right to freedom of religion in this case effectively pit one party's contractual rights against the religious freedom of the other contracting party. Notwithstanding the express contractual stipulations of the parties, a narrow majority (5 to 4) of the Supreme Court found in favour of the condominium owner's claim to freedom of religion, thereby entitling him to an exemption from the contractual restriction in question and entitling him to erect his Succah on his balcony. The net result of this decision was, in effect, to extend the reasonable accommodation principle to the private contractual arena.

The very weight one dissenting judge, Justice Binnie, placed on the private contract voluntarily made between the parties caused him to rule in favour of the applicability of the contractual restriction, notwithstanding its potential to violate one of the party's religious freedoms. He concluded that "there is a vast difference . . . between using freedom of religion as a shield against interference with religious freedoms by the State and as a sword against co-contractants in a private building."⁶⁴

59. *Charter*, supra n. 25, s. 15.

60. *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, 33 D.L.R. (4th) 174.

61. See examples given in supra n. 42.

62. *Amselem*, supra n. 41.

63. This seminal case has been discussed at 9–10, above, in section 3 of the Report dealing with the Constitutional and Legal Contexts, as this case provided the factual context in which the Supreme Court articulated the subjective definition of religion. As such, it mattered little for the majority that expert religious testimony did not support the religious obligation of erecting one's own succah. Mr. Amselem's sincere, subjective belief in his religious requirement to erect his own Succah sufficed to ground his claim in freedom of religion.

64. *Amselem*, supra n. 41 at para. 185. Note that there were two dissenting opinions in this case. Bastarache J, with whom 2 other judges concurred, dissented on grounds related to the definition of religion itself. Binnie,

While the circumstances under which a party may waive a fundamental right, such as religion, are not precisely delineated in the *Amselem* decision, Justice Iacobucci, writing for the majority, implies that if done properly, clearly and with full consent, such a waiver is possible.⁶⁵ However, he found there to be no valid waiver in this case because it was not “voluntary, freely expressed and with a clear understanding of the true consequences and effects.”⁶⁶ In fact, it was made in the context of a non-negotiated adhesion contract, to which the co-owner had no choice but to adhere. Further, it was not explicit given that the restriction on erecting *any* structures on the balconies was so general that it would hardly convey to ordinary individuals a waiver of their right to freedom of religion.⁶⁷

On the other hand, the *Bruker v. Marcovitz* case, discussed in a preceding section of this Report,⁶⁸ may be seen as an instance where a court enforced a contractual waiver in the context of a religiously-protected right. Although waiver did not form an explicit part of the Supreme Court judgment, the fact that the majority enforced the husband’s contractual promise to appear before the religious tribunal, despite his claim that this would interfere with his freedom of (or rather from) religion, is implicit recognition that a contractual waiver is indeed possible. The problem becomes how to distinguish *Amselem*, where the Court did not accept such waiver and freedom of religion trumped private contract law, and *Bruker*, where contract seemed to trump freedom of religion. For one, there is no doubt that the factual bases of the two decisions are different. On the facts of *Bruker*, it would be hard to assert lack of knowledge or consent to the explicit and clear obligation contained in a negotiated agreement, prepared with the assistance of legal advice, to appear before the religious tribunal to obtain a religious divorce.

As does the *Bruker* case, *Amselem* demonstrates that an inquiry into religion and law is not exclusively a public law narrative, nor one that always takes the form of drawing lines around state power. The *Amselem* decision is potentially far-reaching in its holding that contractual obligations may be unenforceable if they infringe individual religious freedom, defined broadly as encompassing not necessarily what religious authorities state is a religious obligation, but anything that a person views as a religious practice, according to his or her conscience.⁶⁹ After *Bruker*, however, this holding may be nuanced depending on the circumstances of the contract and its effectiveness in waiving this fundamental right.

B. Freedom of Religion and State Law – Reasonable Accommodation

Sur la base des lois provinciales (et de la loi fédérale) sur les droits de la personne, les tribunaux canadiens ont établi l’existence d’une obligation d’accommodement raisonnable s’imposant aux acteurs privés, notamment en matière religieuse. Ils ont également admis, mais avec davantage de réserves, l’existence d’une obligation semblable s’imposant aux autorités étatiques lorsque celles-ci adoptent des normes de portée générale, comme des lois ou des règlements. Dans ce deuxième cas, plutôt que d’accommodement raisonnable,

J. dissented on his own based on contract waiver.

65. Moon, “*Bruker*,” supra n. 46 at 55-57. The waivability of fundamental rights has been examined in other contexts: see e.g., *R. v. Smith* [1991] 1 S.C.R. 714, 104 N.S.R. (2d) 233 (right to counsel); *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, 96 N.R. 115 (right to a jury trial); *R. v. Richard*, [1996] 3 S.C.R. 525, 182 N.B.R. (2d) 161 (right to be presumed innocent and right to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal); *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, 67 N.R. 241 (right to be tried within a reasonable time); *R. v. Wills* (1992), 7 O.R. (3d) 337, 12 C.R. (4th) 58 (C.A.) (right to be secure against unreasonable search and seizure); *Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co.*, [1992] 1 S.C.R. 647, 89 D.L.R. (4th) 653 (right to privacy); *Dell Computer Cor v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801, 284 D.L.R. (4th) 577 (right to refer one’s dispute to a court of law is implicitly waived in an arbitration agreement). Only fundamental rights that form part of public order, arguably human dignity, cannot be waived.

66. *Amselem*, supra n. 41 at para. 96.

67. For further comments on the *Amselem* decision see Richard Moon, “Religious Commitment and Identity: *Syndicat Northcrest v. Amselem*” (2005) 29 Su Ct. L. Rev. (2d) 201; Ryder, supra n. 36; David M. Brown, “Neutrality or Privilege? A Comment on Religious Freedom” (2005) 29 Su Ct. L. Rev. (2d) 221.

68. See the section entitled “The State and Religious Autonomy” at 1–13.

69. For further discussion on the subjective conception of religion see section 3 of this Report entitled “The Constitutional and Legal Context” at 9-10, above.

on parle d' "exemption constitutionnelle", laquelle peut alors être réclamée contre une norme étatique soit en vertu d'une loi provinciale ou fédérale sur les droits de la personne (selon qu'il s'agit d'une norme fédérale ou provinciale), soit en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁷⁰ (qu'il s'agisse d'une norme fédérale ou provinciale). L'obligation d'accommodement ou d'exemption peut être fondée sur la liberté de religion elle-même (si l'on démontre que la norme incriminée entraîne une atteinte à cette liberté) ou sur le droit à l'égalité sans discrimination fondée sur la religion (si l'on démontre que la norme incriminée entraîne une discrimination religieuse).

Ainsi, dans l'arrêt *R. c. Videoflicks Ltd.*⁷¹, la Cour d'appel de l'Ontario était arrivée à la conclusion que la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* de l'Ontario qui prohibait l'ouverture des commerces le dimanche restreignait la liberté de religion des propriétaires de commerce de foi juive qui ne pouvaient se prévaloir des exceptions prévues dans la loi (dont le bénéfice était limité aux petits commerces ne dépassant pas un certain nombre d'employés) et qui, pour se conformer sincèrement aux préceptes de leur religion, n'ouvraient pas leur commerce le samedi. La Cour avait donc jugé que la loi était *inopérante à leur égard*, ce qui revenait à accorder à ces personnes une "exemption constitutionnelle" à l'égard de la loi pour autant que celle-ci violait leur liberté de religion. Cette décision de la Cour d'appel de l'Ontario a été renversée par la Cour suprême dans l'arrêt *Edwards Books*.⁷² À la majorité, la Cour a jugé la loi valide sans ajouter d'exemptions à celles prévues par le législateur. La Cour commença par reconnaître que l'objectif séculier de la loi – procurer un jour de repos hebdomadaire commun à tous les travailleurs – était valide.⁷³ Cependant, par ses effets, la loi restreignait la liberté de religion de ceux qui observaient le sabbat en leur imposant un fardeau financier supplémentaire puisqu'ils devaient fermer leur commerce un jour de plus que ceux qui observaient le dimanche comme jour religieux.

Ensuite, tout en reconnaissant que le législateur ontarien était tenu d'accommoder, dans la mesure du possible, ceux dont la religion les obligeait à fermer un autre jour que le dimanche, les juges majoritaires estimèrent que les exemptions déjà prévues dans la loi constituaient un accommodement suffisant et que l'addition d'exemptions supplémentaires (pour les plus grands commerces) mettrait en péril l'efficacité des mesures législatives en cause. Au contraire, la Cour d'appel avait jugé que le législateur n'était pas allé assez loin dans la voie de l'accommodement et qu'il aurait dû accorder l'exemption à tous les commerçants qui ferment le samedi pour des raisons religieuses, quelle que soit la taille de leur commerce. Notons que, par la suite, le législateur ontarien a, de sa propre initiative, modifié la loi pour étendre l'exemption sabbatique à tous les commerces, quelle que soit leur taille, fermant un jour quelconque autre que le dimanche pour des raisons religieuses.⁷⁴

70. Supra n. 25

71. *R. c. Videoflicks Ltd.*, (1985) 14 D.L.R. (4th) 10 (C.A. Ont.).

72. *R. c. Edwards Books*, [1986] 2 R.C.S. 713.

73. Dans l'affaire *Big M*, supra n. 24, la Cour suprême a déclaré invalide la Loi sur le dimanche fédérale qui imposait la fermeture des magasins le dimanche pour des raisons d'observance religieuse. La Cour a jugé que l'objet de la loi était d'astreindre l'ensemble de la population à l'observance religieuse chrétienne, ce qui était incompatible avec la liberté de religion garantie par la Charte canadienne. Dans l'arrêt *R. c. Edwards Books*, Id., l'objet de la loi ontarienne, qui prohibait de la même façon l'ouverture dominicale des magasins, était de procurer un jour commun de repos hebdomadaire aux employés du commerce de détail, ce que la Cour a évidemment considéré comme un objet légitime. Elle a validé la loi comme restreignant de façon raisonnable et justifiable la liberté de religion.

74. Le législateur fédéral ou provincial peut de sa propre initiative, sans qu'il y ait obligation constitutionnelle imposée par les tribunaux, prévoir des accommodements, exemptions et autres traitements particuliers justifiés par des raisons religieuses. Ainsi par exemple, en matière d'abattage rituel, la *Loi sur la protection sanitaire des animaux* du Québec (L.R.Q., Chapitre P-42) qui précise que "le propriétaire ou le gardien d'un animal doit s'assurer que la sécurité et le bien-être de l'animal ne soit pas compromis," reconnaît toutefois des exceptions à ce principe (art. 55.9.15) en permettant notamment "les pratiques rituelles prescrites par les lois d'une religion". L'article 14 de la *Loi sur la preuve au Canada* (L.R.C. 1985, c. C-5) prévoit la possibilité d'une affirmation solennelle dans l'hypothèse où le témoin s'opposerait à prêter un serment de nature religieuse. De la même manière, la *Loi sur la citoyenneté* prévoit un choix entre le serment de nature religieuse et l'affirmation solennelle de citoyenneté, afin d'établir la loyauté envers le chef d'État du Canada et ses

Alors que les limites de l'obligation d'accommodement qui s'impose aux acteurs privés s'apprécient à travers le concept de "contrainte excessive",⁷⁵ les limites du droit à l'exemption constitutionnelle qui existe à l'égard des normes étatiques de portée générale relèvent, en droit canadien, de l'application des clauses limitatives des instruments en cause (*Charte canadienne* ou lois sur les droits de la personne provinciales ou fédérale). Dans le cas de la *Charte canadienne*, il s'agit de son article 1 qui permet que les droits et libertés garantis, notamment la liberté de religion et le droit à l'égalité religieuse, soient restreints "dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique". Cette disposition est interprétée comme exigeant, pour qu'une restriction à un droit ou à une liberté puisse être considérée comme justifiée, que celle-ci poursuive un objectif social important, que les moyens utilisés par le législateur pour atteindre cet objectif soient les moins restrictifs possibles et, enfin, que les effets bénéfiques de la mesure incriminée soient plus importants que ses effets préjudiciables.⁷⁶ Une décision récente de la Cour suprême du Canada permet d'illustrer comment l'article 1 s'applique à l'égard d'une demande d'exemption constitutionnelle pour raisons religieuses. Dans cette affaire,⁷⁷ les membres d'une communauté hutterite de l'Alberta réclamaient d'être exemptés de l'obligation de fournir une photographie personnelle d'identité pour obtenir un permis de conduire les véhicules automobiles. La Cour suprême, avoir reconnu le fait que cette exigence portait effectivement atteinte à leur liberté de religion (plus précisément, à leur désir de respecter le 2^e commandement), a cependant refusé de leur accorder une exemption constitutionnelle (qui leur avait pourtant été reconnue aux deux premiers degrés de juridiction, par le tribunal de 1^{ère} instance et la Cour d'appel de l'Alberta⁷⁸). Elle a en effet jugé (par une majorité de quatre juges contre trois) que l'objectif législatif d'empêcher les vols d'identité liées à l'utilisation d'un permis de conduire frauduleux ne pourrait pas être atteint avec une efficacité suffisante si l'on dispensait un certain nombre de conducteurs de l'obligation de faire figurer leur photographie sur leur permis. Les juges majoritaires ont également considéré que les effets préjudiciables sur la liberté de religion étaient moins importants que les effets bénéfiques de la norme incriminée sur la prévention des vols d'identité. À cet égard, ils ont souligné que la liberté de religion ne protégeait pas les fidèles contre tous les inconvénients et coûts accessoires associés à leur pratique religieuse et que le refus du permis de conduire ne constituait pas en l'occurrence un coût suffisamment élevé pour priver les plaignants de la liberté de faire un choix véritablement relatif à leur pratique religieuse (dans la mesure où ils pourraient se faire conduire par des tiers ou engager quelqu'un à cette fin). Les trois juges dissidents ont au contraire souligné la tradition de vie communautaire retranchée du milieu social ambiant et d'autosuffisance des hutterites, pour considérer que la survie de leur communauté exigeait que certains de leurs membres puissent conduire des automobiles pour assurer les contacts nécessaires avec le monde extérieur. Pour eux, l'obligation de la photo sur le permis constituait une forme de coercition indirecte plaçant les plaignants dans une situation intenable où ils devaient choisir soit de rester fidèles à leurs croyances religieuses, soit de renoncer à l'autosuffisance de leur communauté.

Les motifs profonds du jugement majoritaire semblent résider dans une certaine réticence à transposer l'obligation d'accommodement en matière religieuse du domaine des rapports privés, dans lequel elle est apparue, au domaine des normes étatiques de portée générale. Dans un passage qui n'est pas sans rappeler le jugement majoritaire de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Employment Division v. Smith* (494 U.S. 872 [1990]), la majorité souligne que " . . . la portée étendue de la liberté de religion garantie

institutions. Par conséquent, les juges n'y ont vu aucune forme d'atteinte à la liberté de religion, le libellé du serment ne faisant de surcroît aucune allusion à la Reine en sa qualité de chef de l'Église d'Angleterre : *Roach c. Canada*, [1994] 2 C.F. 406 (Cour d'appel fédérale).

75. Voir l'analyse de l'arrêt Anselem dans la sous-section précédente aux 13-15, ci-dessus.

76. *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, 26 D.L.R. (4th) 200.

77. *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, 310 D.L.R. (4th) 193, 390 N.R. 202.

78. *Hutterian Brethren of Wilson Colony v. Alberta*, 2007 ABCA 160, 417 A.R. 68, 283 D.L.R. (4th) 136 confirmant 2006 ABQB 338, 398 A.R. 5, 269 D.L.R. (4th) 757.

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 [. . .] au détriment de l'ensemble de la population."⁷⁹

VI. STATE FINANCIAL SUPPORT FOR RELIGION

State financial support for religion is an issue that concerns both direct and indirect forms of support. For the most part, indirect forms of support take the form of tax exemptions and these will be dealt with briefly in the first part of this section. The following part will address the availability of financial support for religious private schools in Canada.

A. Indirect Financial Support for Religion

There are several basic forms of indirect financial support for religious institutions in Canada. One relates to an exemption from the payment of property taxes for land owned or leased by a church or religious organization and used as a "place of worship."⁸⁰ Another entitles religious institutions to a partial recovery of the federally-imposed Goods and Services Tax (GST) and the various Provincial Sales Taxes (PST) paid on goods and services acquired by the religious institution.⁸¹

The other forms of indirect support for religion are related to the special tax treatment Canada's income tax system provides to registered charities, a category into which most religious institutions fall. First, income earned by such charities is exempt under Canada's *Income Tax Act*.⁸² As is the case with the exemption from property taxes, this is the functional equivalent of a government subsidy because instead of the government providing religious institutions with direct financial support for their activities, they essentially waive any taxes owing.

Furthermore, if individuals or corporations donate to charities, they will receive a tax credit or tax deduction for their contribution.⁸³ This provides a strong incentive for people to support religious institutions and enables these institutions to secure funding for their activities, with indirect support from the government. Generally speaking, these subsidies for religious-based institutions are justified on the basis that, like other charities, they provide socially desirable benefits that would otherwise have to be provided by governments directly.⁸⁴

Undoubtedly, religious institutions stand to benefit significantly from these indirect forms of state support, but these forms of taxation relief only apply if the religious

79. Id. au para. 36, juge en chef McLachlin.

80. See e.g. *Assessment Act*, R.S.O. 1990, c. A.31, ss. 3(1)(3), 4; *An Act respecting Municipal taxation*, R.S.Q. c. F-2.1, ss. 204(8),(12); *Vancouver Charter*, S.B.C. 1953, c. 55 s. 396(1)(c)(iv); *Municipal Government Act*, R.S.A. 2000, c. M-26, s. 326(1)(k). Eligible charities are also entitled to rebates for municipal taxes: see e.g. *Municipal Act*, S.O. 2001, c. 25, s. 361(1)–(13).

81. See Canada Revenue Agency, *GST/HST Information for Charities*, Guide no. RC4082 (Ottawa: Canada Revenue Agency, 2008), online: Canada Revenue Agency <http://www.cra-arc.gc.ca/E/pub/gp/rc4082/rc4082-08e.pdf>; Revenu Québec, *The QST and the GST/HST: How They Apply to Charities*, Brochure no. IN-228-V (N.p.: Revenu Québec, 2004), online: Revenu Québec [http://www.revenu.gouv.qc.ca/documents/en/publications/in/in-228-v\(2004-10\).pdf](http://www.revenu.gouv.qc.ca/documents/en/publications/in/in-228-v(2004-10).pdf)

82. *Income Tax Act*, R.S.C. 1985 (5th Su), c. 1, s. 149(1)(f) [hereinafter Canadian *ITA*]. The same exception applies for Provincial Income Taxes: see e.g. *Income Tax Act*, R.S.O. 1990, c. 1.2, s. 6 [hereinafter Ont. *ITA*]; *Income Tax Act*, R.S.B.C. 1996, c. 215, s. 27(1)(a) [hereinafter B.C. *ITA*]; *Alberta Income Tax Act*, R.S.A. 2000, c. A-26, s. 7(a); *The Income Tax Act*, R.S.M. 1988, c. 110, C.C.S.M. c. 110, s. 3(3)(a) [hereinafter Man. *ITA*]; *Income Tax Act*, R.S.S. 1978, c. I-2, s. 9(a).

83. Individuals receive a tax credit pursuant to Canadian *ITA*, s. 118.1(3) and corporations receive a deduction pursuant to Canadian *ITA*, s. 110.1. Similar tax benefits exist under provincial legislation: see e.g. Ont. *ITA*, Id., s. 3.1(18); B.C. *ITA*, Id., s. 4.4; *Alberta Personal Income Tax Act*, R.S.A. 2000, c. A-30, s. 11; *Income Tax Act*, 2000, S.S. 2000, c. I-2.01, s. 21; Man. *ITA*, Id., s. 4.6(18).

84. But see Bruce Chapman *et al.*, eds., *Between State and Market: Essay on Charities Law and Policy in Canada* (Montreal: McGill-Queen's University Press, 2001) for a critique of these tax subsidies.

institution in question successfully registers as charity.⁸⁵ The general legal test for charitable status remains the one laid out in a 19th century English House of Lords decision.⁸⁶ According to this case, charitable activities include “the relief of poverty, the advancement of education, the advancement of religion, and other purposes beneficial to the community.”⁸⁷ While “churches, synagogues, mosques, and temples, and closely related institutions such as schools, colleges, and eleemosynary organizations normally qualify for registration,”⁸⁸ the issue of charitable status for religious institutions has not been free from controversy in Canada. For example, there is ongoing debate over the recognition of charitable status for the Church of Scientology which, as it currently stands, has not been extended charitable status by the Canada Revenue Agency.⁸⁹

B. Financial Support for Religious Private Schools

Comme cela a été vu dans une section précédente,⁹⁰ il ne semble pas que le principe de neutralité religieuse de l’État que la Cour suprême considère comme faisant implicitement partie de la liberté de religion doit être interprété comme interdisant à l’État de favoriser l’exercice de religion, à condition que toutes les religions soient traitées sur un pied d’égalité. Selon ce raisonnement, le financement public des écoles religieuses privées serait donc constitutionnellement permis.⁹¹ Il faut cependant souligner que la question n’a pas encore été explicitement tranchée par les tribunaux.⁹² Par ailleurs, en pratique, cinq provinces canadiennes sur dix⁹³ financent actuellement les écoles religieuses privées, à des hauteurs variables selon la province considérée, sans que cette pratique ait pour l’instant fait l’objet d’une contestation constitutionnelle.

Par contre, la politique de l’Ontario consistant à refuser tout financement public aux écoles privées, y compris les écoles religieuses, a fait l’objet d’une attaque fondée, dans un premier temps, sur la *Charte canadienne* et, dans un deuxième temps, sur le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*.⁹⁴ Il faut savoir qu’en vertu de l’article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, (sur cette disposition, voir l’historique contenu dans une section précédente de ce rapport) l’Ontario est constitutionnellement obligée de financer les écoles catholiques séparées, celles-ci étant juridiquement considérées comme

85. Canadian *ITA*, supra n. 82, ss. 149.1, 248.

86. *Commissioners of Income Tax v. Pemsel* [1891] A.C. 531 (H.L.), 3 TC 53 [hereinafter *Pemsel* cited to A.C.].

87. *Id.* at 583

88. M.H. Ogilvie, *Religious Institutions and the Law in Canada*, 2d ed. (Toronto: Irwin Law, 2003) at 268 [hereinafter Ogilvie, *Religious Institutions*].

89. As of January, 2010, according to the Canada Revenue Agency’s Charities Directorate accessible online at <http://www.cra-arc.gc.ca/charities/>. With respect to the ongoing debate see e.g. John Saunders and Timothy Appleby, “Scientology seeks tax-receipt status: Fresh from U.S. victory, organization looks to Canada for charity ruling” *The Globe and Mail* (19 January 1998) A1, A6 (QL). It is interesting to note that while the Church of Scientology has not obtained charitable status in Canada for the purpose of issuing tax receipts to donors, the Church itself does not pay income tax given its not-for-profit status and its ministers are authorized to solemnized marriages which will be recognized by the State. Further discussion on the solemnization of civil marriage by religious officials can be found in Section VII of this Report, below, entitled “Civil Legal Effects of Religious Acts,” in particular, part A: “Marriage and Divorce.”

90. Voir la partie intitulé “Freedom of Religion and State Law – Reasonable Accommodation” aux 16-18, ci-dessus.

91. Dans ce sens, voir notamment Peter W. HOGG, supra n. 39 at 810-811; voir aussi Robert A. Sedler, «The Constitutional Protection of Freedom of Religion, Expression and Association in Canada and the United States : A Comparative Analysis», (1988) 20 *Case Western J. of Int. L.*, 577, 584 : «In any event, because of the absence of a non-establishment component in section 2a), the government is not required to be neutral toward religion. Governmental practices that favor religion over non-religion or that favor one religion over another religion, are not as such violative of section 2a). It is only where the governmental action has the action of imposing “coercive burdens on the exercise of religious beliefs” that it may be found violative of section 2a)».

92. Dans *Big M*, supra n. 24 aux para. 107-09, le juge Dickson a laissé expressément ouverte la question de savoir si la Charte canadienne permet à l’État de soutenir financièrement les institutions religieuses privées; la question n’a pas davantage été tranchée dans *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609 [*Adler*], où la Cour suprême a par contre décidé que la Charte canadienne n’obligeait pas l’État à fournir un tel soutien financier.

93. La Colombie-Britannique, l’Alberta, la Saskatchewan, le Manitoba et le Québec.

94. *Adler*, supra n. 92; *Waldman c. Canada*, CCPR/C/67/D/694/1996, 4 novembre 1999 [*Waldman*].

des écoles publiques. Par ailleurs, la province finance évidemment les écoles publiques communes qui sont laïques (*secular*). Donc, tout en refusant de financer les écoles religieuses privées, l'Ontario finance les écoles publiques communes laïques et les écoles publiques séparées catholiques.

Dans l'affaire *Adler*,⁹⁵ les requérant contestaient le refus de financement public de certaines écoles juives et chrétiennes indépendantes comme contraires à la liberté de religion et à l'interdiction de la discrimination fondée sur la religion. À la Cour suprême, une majorité de juges s'est appuyée sur l'article 93 de 1867 pour rejeter le pourvoi, en considérant qu'on ne pouvait pas invoquer les droits garantis dans la *Charte canadienne* pour contredire ou neutraliser une autre disposition de la Constitution canadienne. Deux juges dissidentes, Mesdames McLachlin et L'Heureux-Dubé, sont arrivées à la conclusion qu'il y avait discrimination indirecte (ou "par suite d'un effet préjudiciable") fondée sur la religion, dans la mesure où la politique ontarienne avait pour effet de refuser un avantage aux personnes dont la religion ne leur permettait pas d'envoyer leurs enfants à l'école publique laïque. Madame la juge McLachlin⁹⁶ est cependant arrivée à la conclusion que cette discrimination était raisonnable, et donc justifiée, en application de la disposition limitative contenue dans l'article 1 de la *Charte canadienne*. Elle a en effet considéré qu'encourager l'établissement d'une société multiculturelle harmonieuse plus tolérante constituait un objectif urgent et réel et que le régime des écoles publiques offrait les chances les plus prometteuses d'atteindre un tel objectif. En outre, à son avis, il était impossible de dire si une mesure moins envahissante, comme un financement partiel des écoles confessionnelles privées, permettrait d'atteindre le même objectif avec une atteinte moins grande à la liberté de religion. Par contre, Madame la juge L'Heureux-Dubé a jugé que même si la loi ontarienne avait un objectif légitime, celui de favoriser le plus possible la fréquentation de l'école publique laïque, le refus de tout financement des écoles religieuses allait au delà de ce qui était requis pour atteindre cet objectif et ne constituait donc pas une «atteinte minimale». Pour elle, le fait d'attribuer un financement *partiel* aurait permis d'accorder une certaine reconnaissance aux minorités religieuses et de les aider à survivre, sans compromettre le caractère généralement laïque et universel du système d'écoles publiques.⁹⁷

La position adoptée par la Cour suprême dans l'affaire *Adler* laissait donc subsister la discrimination existant entre le traitement accordé aux écoles catholiques, d'une part, et celui réservé aux autres écoles religieuses, d'autre part. Sans doute cette distinction était-elle autorisée par l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais elle n'en pouvait pas moins être contestée comme incompatible avec l'article 26 du *Pacte international*, ce qui a effectivement été le cas, avec succès, dans l'affaire *Waldman*.⁹⁸ Le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies n'a guère eu de difficultés à conclure que le financement par l'Ontario des écoles catholiques mais non des écoles d'autres religions (le requérant était de religion juive et devait déboursier près de 15,000 dollars par an pour envoyer ses enfants dans une école privée juive non-subventionnée) constituait une discrimination fondée sur la religion, et que les préoccupations qui avaient conduit en 1867 à enchaîner les droits des catholiques à l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne pouvaient plus justifier une telle discrimination à l'heure actuelle, si bien qu'elle devait être considérée comme incompatible avec l'article 26 du *Pacte*.⁹⁹ Le fait que la discrimination découlant de la législation ontarienne soit également prévue dans la

95. *Adler*, Id.

96. Id. au para. 193 et s.

97. Id. au para. 56 et s.

98. *Waldman*, supra n. 94.

99. L'article 2.1 du *Pacte international* énonce : «2.1. Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation». Étant donné cette conclusion, qui suffisait à donner raison au requérant, le Comité n'a pas jugé nécessaire d'examiner les deux autres arguments de celui-ci, fondés respectivement sur l'article 18 (liberté de religion) et sur l'article 27 (droits des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques), combinés avec l'article 2(1) du *Pacte* (non discrimination dans la jouissance des droits garantis par le *Pacte*).

Constitution canadienne ne la rendait pas davantage compatible avec le *Pacte international*. Le Comité a souligné que le *Pacte international* n'oblige pas les États-parties à financer les écoles religieuses privées. Cependant, s'ils décident de le faire, cela doit être de façon non-discriminatoire.¹⁰⁰

Le gouvernement de l'Ontario a fait savoir qu'il excluait formellement l'un et l'autre des deux moyens par lesquels il pourrait faire disparaître la discrimination reprochée et rétablir la conformité de sa législation avec le *Pacte* : soit l'extension du financement aux écoles religieuses autres que catholiques ; soit la suppression du financement de celles-ci. Il est vrai que le financement des écoles catholiques est une obligation constitutionnelle lui incombant en vertu de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais, comme le soulignait le requérant dans l'affaire *Waldman*, Terre-Neuve et le Québec se sont soustraits aux obligations découlant du même article (ou, dans le cas de Terre-Neuve, découlant de dispositions constitutionnelles similaires) par des modifications constitutionnelles adoptées en 1997 et en 1998. Néanmoins, l'Ontario a adopté, peu après l'intervention du Comité des Nations Unies, des modifications fiscales pour faire en sorte que les parents qui doivent déboursier des frais de scolarité pour envoyer leurs enfants dans une école privée (alors qu'ils sont également astreints à payer les impôts scolaires destinés à financer les écoles publiques) puissent tenir compte de cette dépense dans leur déclaration fiscale.

VII. CIVIL LEGAL EFFECTS OF RELIGIOUS ACTS

This section will discuss the extent to which, in Canada, secular law recognizes and enforces acts performed, and decisions made, according to religious law. These issues will be examined in the context of Marriage and Divorce, where they frequently arise, as well as more broadly, within the realm of the internal autonomy of religious communities.

A. Marriage and Divorce

Pursuant to the *Canadian Constitution*, while marriage falls under the competence of the federal government, the solemnization of marriage falls under provincial competence,¹⁰¹ and it is mainly to provincial legislation to which we must turn to discern the civil legal effects of religious marriages. Today, in every province, there is explicit recognition by secular law of religiously performed marriages by every minister of religion authorized to solemnize marriages.¹⁰² As such, everywhere in Canada, in respect of marriage, "the civil contract and the religious sacrament can be performed simultaneously."¹⁰³

There are, however, two main issues concerning marriage that involve the delicate intersection between secular law and religion. The first arises in the context of Canada's recognition of same-sex marriages. Following a reference by the federal government to

100. «[...] the Committee observes that the Covenant does not oblige States parties to fund schools which are established on a religious basis. However, if a State party chooses to provide public funding to religious schools, it should make this funding available without discrimination. This means that providing funding for the schools of one religious group and not for another must be based on reasonable and objective criteria. In the instant case, the Committee concludes that the material before it does not show that the differential treatment between the Roman Catholic faith and the author's religious denomination is based on such criteria. Consequently, there has been a violation of the author's rights under article 26 of the Covenant to equal and effective protection against discrimination.» (par. 10.6).

101. *Loi constitutionnelle de 1867*, supra n. 33, ss. 91(26), 92(12).

102. Arts. 366, 367 C.C.Q.; *Marriage Act*, R.S.O. 1990, c. M.3, s. 20 [hereinafter *Ontario Marriage Act*]; *Marriage Act*, R.S.B.C. 1996, c. 282, ss. 2-3; *Marriage Act*, R.S.A. 2000, c. M-5, ss. 3-4; *Marriage Act*, S.S. 1995, c. M-4.1, as am. by S.S. 2004, c. 66 and S.S. 2009, c.4, ss. 3, 5, 6; *Marriage Act*, R.S.E.I. 1988, c. M-3, ss. 3-8 [hereinafter *PEI Marriage Act*]; *Solemnization of Marriage Act*, R.S.N.S. 1989, c. 436, ss. 4-6; *Marriage Act*, R.S.N.B. 1973, c. M-3, s.2 ; *Solemnization of Marriage Act*, R.S.N.L. 1990, c. S-19, ss. 3-5; *Marriage Act*, R.S.M. 1987, c-M50, C.C.S.M. c. M50, ss. 2-3; *Marriage Act*, R.S.Y. 2002, c. 146, ss. 2-3; *Marriage Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. M-4, ss. 2-3; *Marriage Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. M-4, ss. 2-3, as duplicated for Nunavut by s. 29 of the *Nunavut Act*, S.C. 1993, c. 28.

103. Robert Leckey, "Profane Matrimony" (2006) 21:2 C.J.L.S. 1 at 13 (providing an interesting overview of the historical regulation of civil marriages and the evolution of civil marriage in its intersection with religion in Canada).

the Supreme Court of Canada,¹⁰⁴ Parliament enacted the *Civil Marriage Act*¹⁰⁵ in 2005 which defines marriage as “the lawful union of two persons to the exclusion of all others.” This Act made Canada only the fourth country in the world to legislate same-sex marriage.¹⁰⁶

Because same-sex marriage may be repugnant to the religious beliefs of certain faith communities, this new legislation had the potential to interfere within the religious domain, and provision needed to be made to protect religious officials from state compulsion to perform same-sex marriages against their religious beliefs.¹⁰⁷ As such, the *Civil Marriage Act*¹⁰⁸ contains, both in its Preamble and in section 3, specific recognition that officials of religious groups are free to refuse to perform marriages that are not in accordance with their religious beliefs. This is echoed in some provincial legislation.¹⁰⁹

While Canadians may marry pursuant to a civilly-recognized religious ceremony, they may also choose to marry civilly with no religious sanction. The interesting question that arises in this context is whether a marriage commissioner may conscientiously object to performing a civil same-sex marriage due to his own religiously-held beliefs. As solemnization of marriage is within provincial competence, the answer is not uniform across the country. Prince Edward Island is thus far the only province to have enacted specific protection allowing anyone authorized to solemnize a marriage to refuse to do so if it conflicts with that person’s religious beliefs.¹¹⁰ It has been said that this issue “sets the stage for (yet another) conflict between religious freedom and sexual orientation, between religion-based constitutional claims and (sexual orientation) equality claims.”¹¹¹

The one case in Canada where this was recently tested before the courts seems to indicate that barring specific legislative permission to do so, civil officials will not be able to claim conscientious objection, based on religious grounds, to refuse to perform a same-sex marriage. In *Nichols v. Saskatchewan (Human Rights Commission)*,¹¹² Justice McMurtry upheld a decision of the provincial Human Rights Commission to fine a Saskatchewan civil marriage commissioner \$2,500 for refusing to perform his public service for a same-sex couple. The Court held that as a government actor, he was “not entitled to discriminate, regardless of his private beliefs.”¹¹³ As Professor MacDougall asserts, to do otherwise would be to allow a “religious ‘veto’ over the availability of a public service.”¹¹⁴

The second issue involving the intersection between religion and the secular state in the area of marriage concerns polygamous marriage. While Canada has made polygamy a criminal offence pursuant to s. 293(1) of the *Criminal Code*,¹¹⁵ at least one Canadian

104. *Reference Re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698, 246 D.L.R. (4th) 193.

105. S.C. 2005, c. 33 (formerly Bill C-38).

106. The other countries were the Netherlands (2001), Belgium (2003) and Spain (2005). For an overview of this historical evolution and description of this legislation as well as court decisions in the area of same-sex marriage see Mary C. Hurley, “Bill C-38: The Civil Marriage Act” Legislative Summaries, online: Library of Parliament - Parliamentary Information and Research Service http://www2.parl.gc.ca/Sites/LOP/LegislativeSummaries/Bills_Is.asp?Parl=38&Ses=1&ls=c38.

107. In *Reference Re Same-Sex Marriage*, supra n. 104 at para. 58, the Supreme Court held that s. 2(a) of the *Charter*, supra n. 25 was sufficiently broad to offer such protection to religious officials from performing same-sex marriage contrary to their religious beliefs.

108. Supra, n. 105.

109. As the solemnization of marriage falls under provincial jurisdiction, provincial legislation is needed to protect religious officials in a similar way. See *Ontario Marriage Act*, supra n. 102, s. 20(6); Art. 367 C.C.Q.; *PEI Marriage Act*, supra n. 102, s. 11(1).

110. *PEI Marriage Act*, supra n. 102, s. 11(1) as am. by R.S.E.I. 2005, c.12, s. 7. Although there was a Bill proposed in New Brunswick to the same effect, it never came into effect.

111. Bruce MacDougall, “Refusing to Officiate at Same-Sex Civil Marriages” (2006) 69 Sask. L.Rev. 351 at 355.

112. 2009 SKQB 299, [2009] 10 W.W.R. 513, 71 R.F.L. (6th) 114.

113. *Id.*, at para 73.

114. Supra n. 111 at 353. But see Ryder, supra n. 36 at 191. Ryder is less categorical on this issue and points out that “human rights jurisprudence supports the rights of employees, whether in the public or the private sector, whether or not they are religious officials, to object to the performance of job duties on religious grounds and employers have an obligation to accommodate them if they can do so without undue hardship” *Id.*

115. R.S.C. 1985, c. C-46. Further, the definition of marriage in the *Civil Marriage Act*, supra n. 105, as “the

community continues to adhere openly to plural marriage.¹¹⁶ Although the practice is not widespread in Canada, it has brought to the forefront the potential clash between Canada's criminalization of polygamy and the constitutional protection of religious freedom. Some commentators assert that the paucity of prosecutions for polygamy relates to a concern that "the *Criminal Code* prohibitions on polygamy are vulnerable to constitutional challenge,"¹¹⁷ although several predict that any such challenge would not be successful.¹¹⁸

The legal repercussions of polygamous marriages go beyond their potential criminality and extend to matters of immigration¹¹⁹ as well as to issues surrounding spousal support and matrimonial property division.¹²⁰ And while contrary to the law in Canada, for certain limited purposes, a polygamous marriage entered into validly in a jurisdiction that recognizes such marriages, by persons domiciled in that jurisdiction at the time of the marriage, may be given some effect in Canada.¹²¹

As is the case with marriage, divorce is also within the federal government's jurisdiction.¹²² With respect to the interface between religion and divorce, it is worth noting that the *Canada Divorce Act*¹²³ contains, in section 21.1, a provision which prevents a spouse from exercising his civil rights in a divorce for so long as he refuses to remove a religious barrier to divorce, such as the granting of a religious divorce. This provision was enacted after consultation with, and through the urging of, the Jewish community since in the Jewish religion, despite a civil divorce, a marriage remains in effect until a *get* (or religious divorce supervised by the rabbinic tribunal called the *Beit Din*) is given by the husband and accepted by the wife.¹²⁴ This section of the *Divorce Act* may be seen as palliating a potentially unfair withholding of such a divorce by the husband, without which the wife cannot remarry within her faith.

B. Religious Arbitration in Family Matters

The issue of the legitimacy of religious arbitration in family matters attracted a great deal of attention in Canada when the Islamic Institute of Civil Justice sought to create a

lawful union of two persons to the exclusion of all others" excludes polygamy from the Canadian conception of marriage. Bigamy is also indictable offence pursuant to s. 290(1) of the *Criminal Code*.

116. This community is Bountiful, British Columbia where according to Professor Angela Campbell, who has done empirical research about this community, until two male community leaders were arrested on polygamy charges in January, 2009 (such charges being subsequently dropped), Bountiful's residents, who belong to the Fundamentalist Church of Jesus Christ of Latter Day Saints, have been practicing polygamy for decades without state interference. See Angela Campbell, "Bountiful Voices" (2009) 47 *Osgoode Hall L.J.* 183; Angela Campbell, "Wives' Tales: Reflecting on Research in Bountiful" (2008) 23 *C.J.L.S.* 121; Robert Matas and Wendy Stueck, "Polygamy Charges in Bountiful" *The Globe and Mail* (7 January 2009), online: *The Globe and Mail* <http://www.theglobeandmail.com/news/national/article963758.ece>. Recently, one of Bountiful's religious leaders who was charged with polygamy last year has even filed a lawsuit against the provincial government for damages due to "unlawful" prosecution. See Keith Fraser, "Polygamist sect leader sues B.C. government" *The National Post* (13 January, 2010), online: *National Post* <http://www.nationalpost.com/story.html?id=2438556>.

117. Nicholas Bala *et al.*, "An International Review of Polygamy: Legal and Policy Implications for Canada" in *Polygamy in Canada: Legal and Social Implications for Women and Children* (Ottawa: Status of Women Canada, 2005) 1 at 30. See also Susan G. Drummond, "Polygamy's Inscrutable Criminal Mischief" (2009) 47 *Osgoode Hall L.J.* 317.

118. Bala, *Id.* at 40, concludes that "concern about the welfare of vulnerable and dependent individuals may outweigh Charter-based rights of adults to freedom of religion." See also Lisa Kelly, "Bringing International Human Rights Law Home: An Evaluation of Canada's Family Law Treatment of Polygamy," (2007) 65 *U.T. Fac. L. Rev.* 1 at 25.

119. The cases of *Ali v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* (1998), 154 *F.T.R.* 285 and *Awwad v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* (1999), 162 *F.T.R.* 209 at para. 17, [1999] *F.C.J.* No. 103 (confirming that immigration officers may take the fact of being in a bigamous or polygamous marriage into account in denying admission to Canada).

120. Kelly, *supra* n. 118 at 30-37.

121. See *Tse v. Minister of Employment & Immigration* [1983] 2 *F.C.* 308, 144 *D.L.R.* (3d) 155 (upholding a polygamous marriage entered into in Hong Kong as valid for purposes of establishing the legal status of a child).

122. *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* n. 33, s. 91(26).

123. *R.S.C.* 1985 (2nd Su), c. 3.

124. This issue was at the forefront of the recent Supreme Court of Canada decision in *Bruker*, *supra* n. 46, discussed in section 4 of this report entitled "The State and Religious Autonomy" at 10-13, above. See generally Jukier and Van Praagh *supra* n. 46.

“Shari’a Court” in Ontario in 2003. The purpose behind this proposed religious arbitral body was the settlement of personal disputes involving Muslims related to inheritance and family matters. Key to this proposal was that such decisions would be legally binding and judicially enforceable by Ontario courts.¹²⁵ This recommendation resulted in intense controversy¹²⁶ “triggering heightened concern for the well-being of vulnerable members of society”¹²⁷ such as women and children, as well as “concerns about individual autonomy and community compulsion.”¹²⁸

As a result, the Ontario government mandated a study, commonly known as the “Boyd Report,”¹²⁹ which concluded that Ontario should allow individuals to choose religious arbitration as a reflection of Canada’s multicultural society as long as minimal safeguards, concerning such things as the legitimacy of consent and judicial review procedures, were put into place. The Ontario government did not follow these recommendations, choosing instead to reject all state-sanctioned religious arbitrations. Amendments to the province’s *Arbitration Act* were passed requiring all family arbitrations to be conducted exclusively in accordance with Ontario or Canadian law.¹³⁰ It is important to point out that despite these amendments, parties are not prohibited from choosing to settle their family matters according to religious norms, or before a religious authority, as any such prohibition would constitute a violation of freedom of religion. The amendments merely assert that such religious arbitration will not be automatically legally binding or enforceable before a state court of law.¹³¹ Given the public order nature of family decisions, the same would be true in the rest of Canada and as such, a secular court will not grant a divorce on terms arrived at by religious mediation or arbitration, or sanction a religious decision on any family matter, unless that court deems it consonant with Canadian law and policy.

C. Civil Effects of Religious Decisions outside the Family Context

The final question to address is what effect does the state give to religious decisions made by religious bodies or courts outside the family context. While it is tempting to assert categorically, as does Justice Deschamps in dissent in the Supreme Court decision of *Bruker v. Marcovitz*,¹³² that civil courts and religious undertakings must operate in non-intersecting spheres, the reality is slightly more complicated.

In general, Canadian courts do decline to intervene in the internal matters of a

125. For a summary of the debate concerning the Shari’a Court proposal in Ontario see Jean-François Gaudreault-DesBiens, “On Private Choices and Public Justice: Some Microscopic and Macroscopic Reflections on the State’s Role in Addressing Faith-Based Arbitration” in Ronald Murphy and Patrick A. Molinari, eds., *Doing Justice: Dispute Resolution in the Courts and Beyond* (Montreal: Canadian Institute for the Administration of Justice, 2007) 247 at 249-255 [Gaudreault-DesBiens, “Faith-Based Arbitration”].

126. In June 2005, a “No Religious Arbitration Coalition” was formed which included most Canadian feminist organizations and some Muslim organizations. See Natasha Bakht, “Were Muslim Barbarians Really Knocking on the Gates of Ontario?: The Religious Arbitration Controversy – Another Perspective” in Murphy and Molinari, Id., 229 at 237-38.

127. Lorraine E. Weinrib, “Ontario’s Sharia Law Debate: Law and Politics under the Charter” in Moon, supra n. 18, 239 at 260.

128. Id.

129. Marion Boyd, *Dispute Resolution in Family Law: Protecting Choice, Promoting Inclusion* (Toronto: Ontario Ministry of the Attorney General, 2004), online: Ontario Ministry of the Attorney General <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/about/pubs/boyd/fullreport.pdf>.

130. See Prithi Yelaja and Robert Benzie, “McGuinty: No sharia law” *The Toronto Star* (12 September 2005) A1 (QL) (the premier of Ontario, Dalton McGuinty, announced that “there will be no sharia law in Ontario. There will be no religious arbitration in Ontario. There will be one law for all Ontarians”). As a result, Bill 27, *Family Statute Law Amendment Act, 2006*, 2nd Sess., 38th Leg., Ontario, 2006 (assented to 23 February 2006), S.O. 2006 c-1, was passed amending the *Arbitration Act, 1991*, S.O. 1991, c. 17 and providing that all family law arbitrations must be conducted exclusively in accordance with the law of Ontario or of another Canadian jurisdiction.

131. Gaudreault-DesBiens, “Faith-Based Arbitration,” supra n. 125 at 254. As Bakht points out, supra n. 126 at 245, these amendments do not prohibit family arbitration with religious principles, as long as such principles do not conflict with Ontario or Canadian family law. This is similar to the situation in Quebec. See art. 2639 C.C.Q. which prohibits family matters from being submitted to binding arbitration.

132. Supra n. 46 at paras. 101-85.

religious body and in deciding questions pertaining to religious doctrine.¹³³ Religious organizations are viewed as voluntary associations over which courts are slow to exercise jurisdiction.¹³⁴ For example, it was held to be inappropriate for a secular court to interfere with a decision taken by a religious council responsible for supervising and certifying products and establishments complying with Jewish dietary laws.¹³⁵ Likewise, courts will generally enforce contractual stipulations pursuant to which parties agree to submit their disputes to religious arbitration.¹³⁶

There are instances, however, where it may be appropriate for Canadian judges to interfere with, or refuse to enforce, decisions taken by religious bodies where it is “necessary to prohibit practices that are harmful, that violate civil or property rights or that infringe a person’s constitutional rights.”¹³⁷ As such, intervention by secular courts occurs in instances where the court finds some procedural irregularity or breach of natural justice.¹³⁸ In *Lakeside Colony of Hutterian Brethren v. Hofer*,¹³⁹ the Supreme Court of Canada refused to enforce a decision by a religious community to expel one of its members and thereby deprive him of his property in the colony on the ground that such expulsion was invalid for lack of notice and procedural fairness.

The above examination demonstrates that while Canada is said to espouse a separation between secular courts and internal religious decision-making, this principle of non-intervention is somewhat more nuanced and dependent on public order principles related to family law, as well as procedural fairness guarantees for all Canadians.

VIII. RELIGIOUS EDUCATION AND THE YOUTH:

La liberté de conscience et de religion et l'éducation religieuse dans les écoles publiques et privées

A. Private Religious Schools

Le droit de créer et de gérer des écoles religieuses privées et le droit d'envoyer ses enfants dans de telles écoles ne sont pas expressément reconnus dans la *Charte canadienne*. Mais, on considère généralement que la Cour suprême a, dans les affaires *Jones*¹⁴⁰ et *Adler*,¹⁴¹ indirectement fait découler de la liberté de conscience et de religion reconnue dans la *Charte canadienne* (ainsi que du droit à la liberté reconnu dans l'article 7 de cette même *Charte*) le droit des parents de ne pas envoyer leurs enfants à l'école publique et de leur faire donner un enseignement religieux dans une école privée ou à la maison, à condition qu'il soit «approprié» (le droit des parents d'envoyer leurs enfants

133. See generally Ogilvie, *Religious Institutions*, supra n. 88 at 217-221; Anne Saris, “Les tribunaux religieux dans les contextes canadien et québécois” (2006) 40 R.J.T. 353; *Levitts Kosher Foods Inc. v. Levin* (1999), 45 O.R. (3d) 147 at para. 31 (Su Ct. J.), 175 D.L.R. (4th) 471 [*Levitts Kosher Foods* cited to O.R. (3d)].

134. See Ogilvie, *Religious Institutions*, Id. at 215; *Lakeside Colony of Hutterian Brethren v. Hofer*, [1992] 3 S.C.R. 165, 81 Man. R. (2d) 1.

135. *Levitts Kosher Foods*, supra n. 133 (the court stressed that the process of supervision and certification was a religious function, based on religious belief and conscience, into which it could not intervene).

136. See *Popack v. Lipszyc*, 2008 CarswellOnt 5184 (Su Ct. J.) (WLeC) aff'd 2009 ONCA 365, 2009 CarswellOnt 2288 (C.A.) (WLeC) (the Court enforced the parties agreement to submit any disputes that arose in the course of their commercial dealings to the *Beit Din*, a Jewish religious tribunal). See also *Grunbaum c. Grunbaum* (2002), AZ-50110109 (Qc. Su Ct.) (Azimut).

137. Bakht, supra n. 126 at 235-36. Accord Ogilvie, *Religious Institutions*, supra n. 88 at 218.

138. See e.g. *Cohen v. Hazen Avenue Synagogue* (1920), 47 N.B.R. 400 (S.C. (Ch.D)) (a resolution to suspend a member for life was not enforced because of procedural irregularities and lack of notice requirements in calling the meeting where such expulsion was decided by the religious body).

139. Supra n. 134.

140. *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284.

141. *Adler*, supra n. 92. Dans cette affaire, les quatre juges qui se sont prononcés sur l'article 2a) de la *Charte canadienne* (liberté de conscience et de religion) ont souligné que le non-financement de l'enseignement religieux privé ne constituait pas une atteinte à la liberté d'éduquer ses enfants en conformité avec ses croyances religieuses dans la mesure où il n'existait pas, dans la loi ontarienne, de restriction à l'enseignement religieux (dans une école privée ou à la maison). *A contrario*, une loi qui obligerait les parents à envoyer leurs enfants à l'école publique limiterait cette liberté.

dans une école religieuse privée suppose évidemment le droit de créer et de gérer de telles écoles). Il faut également souligner que certaines lois provinciales sur les droits de la personne prévoient expressément le droit de créer des écoles privées, notamment pour des raisons religieuses, et d'y envoyer ses enfants; il en va ainsi de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec.¹⁴² Si l'État a donc l'obligation constitutionnelle de permettre la création d'écoles religieuses privées et de laisser les parents y envoyer leurs enfants, il n'est pas tenu, comme on l'a vu dans une section précédente, de venir en aide financièrement à de telles écoles, mais la Constitution ne l'empêche pas de le faire s'il le désire, à condition que ce soit de façon non-discriminatoire.

B. Religion in Public Schools

En se fondant sur la liberté de conscience et de religion et l'obligation de neutralité étatique qui en fait implicitement partie, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé inconstitutionnel les exercices religieux (comme la prière)¹⁴³ et l'enseignement confessionnel chrétien à l'école publique¹⁴⁴, malgré l'existence d'une possibilité de dispense à la demande des parents. Elle considéré que la pression du conformisme pourrait dissuader certains parents de s'en prévaloir par peur d'une stigmatisation par les pairs. Renvoyant à ces deux décisions de la Cour d'appel de l'Ontario, le juge Sopinka de la Cour suprême du Canada, affirmait dans l'affaire *Adler*¹⁴⁵ que "[c]e caractère laïque [des écoles publiques] est lui-même prescrit par l'al. 2a) de la Charte, comme l'ont statué plusieurs tribunaux au Canada". Autrement dit, la Charte impose que les écoles publiques soient laïques (*secular*), c'est-à-dire qu'elles respectent le principe de neutralité. Par contre, il ne semble pas que l'obligation de neutralité s'imposant à l'État interdise l'existence, au sein du système scolaire public, d'écoles ayant un projet confessionnel si celles-ci sont librement choisies par les parents. Un tel arrangement existe par exemple dans la province de l'Alberta. En outre, l'enseignement culturel des religions (par opposition à l'éducation religieuse confessionnelle) peut être rendu obligatoire à l'école publique à condition qu'il soit dispensé de façon neutre et objective. La Cour d'appel de l'Ontario a défini de la façon suivante les critères qu'un enseignement religieux de type *culturel* doit respecter pour pouvoir être rendu obligatoire à l'école publique sans contrevir à la liberté de conscience et de religion des élèves¹⁴⁶ :

- l'enseignement doit viser *l'étude*, non la *pratique* des religions;
- il doit présenter aux élèves *toutes* les religions, mais n'en *imposer* aucune;
- l'approche doit être *académique* et non *confessionnelle*;
- le but recherché doit être de rendre les élèves sensibles à l'existence de *toutes* les religions et non pas de leur en faire *accepter* une en particulier.

Mais le respect de telles conditions risque d'entraîner un paradoxe: pour éviter le reproche d'inculquer des valeurs religieuses, l'enseignement tendra à présenter les diverses religions de la façon la plus neutre possible et à souligner la pluralité des opinions à leur sujet. Certains parents pourraient alors trouver qu'un tel enseignement

142. Quebec *Charter*, supra n. 42, art. 41. L'article énonce «Les parents ou les personnes qui en tiennent lieu ont le droit d'assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs convictions, dans le respect des droits de leurs enfants et de l'intérêt de ceux-ci» et l'article 42 reconnaît aux parents ou aux personnes qui en tiennent lieu «le droit de choisir pour leurs enfants des établissements d'enseignement privés, pourvu que ces établissements se conforment aux normes prescrites ou approuvées en vertu de la loi».

143. *Zylberberg c. Sudbury Board of Education*, (1988) 65 O.R. (2d) 641 (C.A. Ont.), autorisation d'appel en Cour suprême refusée.

144. *Canadian Civil Liberties Association c. Ontario (Minister of Education)*, (1990) 71 O.R. (2d) 341; 65 D.L.R. (4th) 1 (C.A.), autorisation d'appel en Cour suprême refusée. Il faut souligner que les juges ontariens ont interprété la liberté de religion de façon plus exigeante que les normes internationales. Il semble en effet que l'existence d'une possibilité de dispense à l'égard de l'enseignement confessionnel ou l'alternative entre celui-ci et un enseignement culturel ou moral neutre et objectif soit généralement considérée comme suffisante pour assurer la conformité avec la liberté de religion garantie dans les instruments internationaux; dans ce sens, voir l'*Observation générale n° 22 (48) (art. 18) sur la liberté de religion* du Comité des Nations Unies des Droits de l'Homme, Doc. N.U. CCPR/C/21/Rev. 1/add.4, 20 juillet 1993, paragraphe 6.

145. *Adler*, supra n. 92 à la 705, juge Sopinka.

146. *Canadian Civil Liberties Association c. Ontario (Minister of Education)*, supra n. 144.

véhicule un *relativisme moral* incompatible avec les convictions religieuses qu'ils cherchent à transmettre à leurs enfants et, dès lors, de créer un conflit d'allégeance chez les enfants ou de porter atteinte au rapport de confiance qui existe avec leurs parents. C'est exactement le reproche que font certains parents au cours d'éthique et de culture religieuse (dit cours ECR) introduit dans les écoles publiques du Québec depuis un an. La question est actuellement débattue devant les tribunaux. Si ces derniers acceptent l'argumentation des plaignants, il faudra alors se demander si une exemption doit être accordée aux enfants des parents qui le demandent ou si, au contraire, les autorités scolaires peuvent à bon droit refuser une telle exemption en démontrant qu'elle entraînerait des inconvénients excessifs - ou encore en démontrant que le maintien de l'enseignement obligatoire - sans exemption possible - est justifié. Le gouvernement pourrait par exemple argumenter que le maintien intégral du *curriculum* obligatoire est justifié par la mission de l'école de développer la capacité des élèves de réfléchir de façon critique sur des sujets complexes et controversés afin de les préparer à exercer leurs responsabilités de citoyens, ou encore par la mission de l'école d'éduquer les enfants issus de divers milieux à la tolérance en les habituant à se côtoyer, objectif qui serait contrecarré si les écoles devaient dispenser certains enfants de participer aux activités pédagogiques que leurs parents estiment répréhensibles pour des motifs religieux. Autrement dit, le fait de prévoir un régime d'exemptions pourrait contrecarrer, au moins dans certaines circonstances, la mission de l'école d'éduquer les enfants à la tolérance et à la cohabitation harmonieuse entre membres de groupes religieux et sociaux distincts. Cette dernière considération est importante dans le contexte canadien, car la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Multani* (l'affaire du *kirpan*, qui est présentée plus loin dans le présent rapport) a accordé beaucoup d'importance à cette mission des écoles d'éduquer à la cohabitation harmonieuse et à la tolérance entre enfants de milieux différents.¹⁴⁷

IX. RELIGIOUS SYMBOLS IN PUBLIC PLACES

A. Religious signs and symbols in public places

Au Canada, la question des symboles religieux dans l'espace public (au sens d'espace propre des institutions étatiques) a été soulevée principalement à propos du port du *kirpan* sikh et du foulard islamique. Le point de vue généralement adopté diffère selon que les porteurs de symboles sont des citoyens ordinaires ou des agents publics. Ainsi, la Cour suprême du Canada a jugé que les autorités scolaires, qui peuvent légitimement interdire la présence des armes dans les écoles, doivent néanmoins autoriser un élève sikh à fréquenter l'école en gardant son *kirpan* (un poignard à lame courbe dont le port est considéré comme religieusement prescrit pour les sikhs orthodoxes), à condition qu'il soit porté dans des conditions qui respectent la sécurité des autres personnes fréquentant l'école (maintenu dans une gaine solidement cousue et porté sous les vêtements).¹⁴⁸ Par contre, le *kirpan* a été interdit dans les palais de justice et à bord des avions, dans la mesure où l'on a jugé qu'il posait dans ces deux derniers contextes un risque pour la sécurité d'autrui plus considérable que dans les écoles.¹⁴⁹ La question du foulard

147. *Multani c. Marguerite-Bourgeois (Commission scolaire)*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256 au para. 76, 264 D.L.R. (4th) 577 ("La tolérance religieuse constitue une valeur très importante au sein de la société canadienne. Si des élèves considèrent injuste que Gurbjaj Singh [le plaignant sikh] puisse porter son *kirpan* à l'école alors qu'on leur interdit d'avoir des couteaux en leur possession, il incombe aux écoles de remplir leur obligation d'inculquer à leurs élèves cette valeur qui est à la base même de notre démocratie [...]").

148. *Id.*

149. Dans *Hothi c. R.*, [1985] 3 W.W.R. 256 (Man. Q.B.) conf. à [1986] 3 W.W.R. 671 (Man. C.A.), la Cour du Banc de la Reine du Manitoba a confirmé l'ordonnance d'un juge de la Cour provinciale interdisant le port du *kirpan* dans une salle d'audience. Dans le même sens, voir : *R. v. Kaur*, [1997] Q.J. No. 5066 (cour municipale de Ville Saint-Laurent). Dans *Nijjar c. Lignes aériennes Canada 3000 Ltée*, un tribunal canadien des droits de la personne, constitué en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, a rejeté la plainte d'un Sikh qui s'était vu refuser l'accès à un avion à cause de son *kirpan*, bien qu'il s'agissait en l'occurrence, selon le plaignant, d'un "*kirpan* de voyage" dont la lame ne dépassait pas 4 pouces de longueur. Le tribunal a tenu

islamique à l'école n'a pas encore été traitée par les tribunaux, mais la Commission (provinciale) des droits de la personne du Québec, dans un avis publié en 1994, estime que les écoles doivent permettre le port du foulard islamique aux élèves, à moins qu'il ne s'inscrive "dans un contexte de pression sur les élèves, de provocation ou d'incitation à la discrimination fondée sur le sexe"; elle mentionne un certain nombre de considérations pouvant justifier le refus de l'accommodement : le fait que certains symboles religieux marginalisent les élèves qui les portent (cependant, l'école publique doit éduquer ses élèves au respect des droits et libertés pour, précisément, éviter qu'une telle marginalisation ne se produise); les circonstances où il serait démontré que l'ordre public ou l'égalité des sexes sont en péril; les considérations de sécurité (par exemple, le port du *hijab* pourrait se révéler dangereux dans le cadre d'activités physiques ou de laboratoire).¹⁵⁰

S'agissant du port de symboles religieux par les enseignants dans l'exercice de leurs fonctions éducatives, la question est plus complexe, car il faut tenir compte à la fois du droit au libre exercice de la religion des enseignants et de l'obligation de neutralité religieuse qui s'impose à eux dans le cadre de leurs fonctions. Dans un contexte où le principe de neutralité religieuse de l'État est interprété de façon rigoureuse, comme en France ou aux États-Unis, il pourrait suffire de l'invoquer pour justifier l'atteinte aux droits des enseignants. Cependant, au Canada, dans la mesure où le principe de neutralité, plutôt que d'être affirmé de façon autonome, découle du libre exercice de la religion, il faudrait plutôt démontrer, pour justifier l'interdiction, que le port de signes religieux par les enseignants est susceptible de restreindre la liberté religieuse des élèves en leur faisant subir une pression religieuse. Or une telle conséquence n'est pas inévitable mais dépend plutôt du contexte, de l'âge des enfants – d'autant plus vulnérables qu'ils sont jeunes – de la discrétion ou, au contraire, de l'ostentation du signe en cause, de la matière enseignée et du comportement de l'enseignant(e) dans son ensemble (si cette attitude en est une de prosélytisme, ouvert ou dissimulé, il y aura atteinte à la liberté religieuse des enfants; si l'enseignant(e) adopte une attitude de neutralité religieuse dans son comportement et ses paroles, le simple fait de porter un signe risquera moins d'avoir un tel effet).¹⁵¹

Par ailleurs, soulignons qu'en mars 2007, le Directeur général des élections au Québec a conclu que les électeurs devaient découvrir leur visage pour participer aux scrutins québécois, alors qu'en septembre 2007, le Directeur général des élections du Canada avait déclaré que la loi fédérale n'obligeait pas les électeurs à montrer leur visage. Cette question n'est toujours pas été réglée explicitement par une loi fédérale ou provinciale. Sur la question des symboles religieux dans l'espace public et sur celle, plus générale, des modalités d'application du principe de neutralité religieuse de l'État, on

compte de l'environnement particulier d'un avion, où il n'est possible d'avoir accès ni à des services médicaux d'urgence ni à une assistance policière. Dans *Pritam Singh c. Wokmen's Compensation Board Hospital*, (1981) 2 C.H.R.R. D/459 (Bd. Inq. Ont.), M. Singh avait été informé qu'il ne pourrait pas passer de tests à l'hôpital s'il n'était pas son *kirpan*, ce qu'il avait refusé de faire; la Commission d'enquête a jugé que l'hôpital aurait pu trouver une solution d'accommodement respectant les croyances de M. Singh; elle a ordonné qu'à l'avenir les patients de religion Sikh soient autorisés à conserver leur *kirpan*, à condition qu'il soit d'une longueur raisonnable, pendant qu'ils reçoivent des soins à l'hôpital. Une politique autorise également les députés sikhs à porter le *kirpan* à la Chambre des communes et les visiteurs à en porter un dans la tribune du public.

150. En Ontario également, la Commission provinciale des droits de la personne a adopté en 1996 un exposé de politiques sur la protection des droits en matière religieuse dans lequel elle affirme que les milieux de travail, les services et les établissements sont tenus de respecter les besoins spéciaux en matière de règles portant sur les vêtements, en donnant notamment comme exemple celui d'une école ne permettant pas aux filles de se couvrir la tête. Si pour observer sa religion une étudiante musulmane doit porter un foulard sur la tête, l'école a le devoir de le lui permettre. Dans le même document, la Commission renvoie à la décision *Pandori* (voir note suivante) pour illustrer le devoir des autorités scolaires de modifier leur politiques afin d'accommoder les élèves tenus de porter un *kirpan* pour des raisons religieuses. Voir : Ontario Human Rights Commission, *Policy on Creed and the Accommodation of Religious Observances*, 1996, 9.

151. *Pandori c. Peel Bd. of Education*, (1990) 12 C.H.R.R. D/364 (Bd. Inq. Ont) : une commission d'enquête établie en vertu du Code ontarien des droits de la personne arrive à la conclusion, au vu de la preuve de l'absence d'incidents de violence, que le port du *kirpan* doit être autorisé dans cette école, tant pour les élèves que pour les enseignants et les membres de l'administration, mais aux conditions qu'il soit d'une taille raisonnable, porté en dessous des habits de façon à être invisible et maintenu de façon assez ferme dans sa gaine pour être difficile, mais pas impossible, à en sortir.

constate une différence sensible des opinions au Québec, d'une part, et dans le reste du Canada, d'autre part.

B. *The "reasonable accommodation crisis" in Quebec (2007-2008)*

Si la jurisprudence des tribunaux relative à la liberté de conscience et de religion semble assez bien acceptée dans les provinces canadiennes où la majorité est anglophone, elle soulève par contre des réserves au Québec, peuplé majoritairement de francophones, où une partie de l'opinion publique s'inquiète du fait qu'après avoir "chassé" la religion majoritaire de l'espace public, et notamment des écoles publiques (on pense aux décisions déclarant inconstitutionnel l'enseignement confessionnel chrétien qui sont mentionnés dans une section précédente de ce rapport), les tribunaux y favorisent l'expression des religions minoritaires, en particulier celles des immigrants (en permettant par exemple le port du *hijab* ou du *kirpan*). Ce point de vue ignore cependant le fait que l'obligation de neutralité religieuse s'impose aux institutions publiques, mais non aux individus qui les fréquentent et qui peuvent y exercer leur liberté de religion. En fait, la "crise des accommodements raisonnables" qui a eu lieu au Québec en 2007-2008 semble s'expliquer par un "malaise identitaire" de la majorité francophone qui, à cause de son statut de minorité au Canada et dans l'ensemble nord-américain, est portée à considérer que la diversité culturelle grandissante de la société québécoise, due à l'immigration, menace son statut et ses valeurs (c'est aussi la raison pour laquelle la politique canadienne du multiculturalisme est mal reçue au Québec, de même que l'article 27 de la *Charte canadienne*, selon lequel l'interprétation de celle-ci "doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens"; bien que cette disposition ne se soit vu reconnaître aucune portée significative en jurisprudence, elle est considérée par ses adversaires au Québec comme encourageant le "communautarisme").

Ces inquiétudes amènent une partie de l'opinion publique québécoise à rejeter les accommodements imposés par les tribunaux sur la base de la liberté de religion et à réclamer l'instauration d'une laïcité calquée sur le modèle de la France, dont on pense qu'elle permettrait de justifier l'exclusion de tout comportement religieux de l'espace public, entendu non seulement comme celui des institutions étatiques mais au sens large de l'espace social (les rues, les places publiques, etc.). Il semble que, dans l'esprit de ses partisans, une telle laïcité (que ces derniers qualifient parfois de "républicaine") se voit assigner comme mission d'émanciper les individus par rapport à la religion et de réaliser l'intégration civique (comprise comme une allégeance à une identité civique commune) en neutralisant la religion comme marqueur identitaire qui différencie les citoyens. De telles positions ont notamment été défendues devant une commission créée par le gouvernement québécois pour répondre à la crise des accommodements raisonnables, la *Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles*, présidée par le philosophe Charles Taylor et le sociologue Gérard Bouchard.

C. *The Bouchard-Taylor Commission Report*

Dans son rapport, publié en 2008,¹⁵² la Commission estime qu'un certain modèle de laïcité (*secularism*), qu'elle qualifie de "laïcité ouverte" est déjà en application au Québec, même s'il a été historiquement défini de façon implicite plutôt que formelle. Pour la Commission, les quatre éléments constitutifs de tout modèle de laïcité sont la liberté de conscience et de religion, le droit des individus à l'égalité morale et religieuse, sans discrimination (directe ou indirecte) fondée sur les convictions de conscience ou les convictions religieuses, la séparation de l'État et des Églises et, enfin, le principe de neutralité morale et religieuse de l'État. Les deux premiers principes définissent les finalités profondes qui sont recherchées avec la laïcité, alors que les deux autres se traduisent plutôt dans des structures institutionnelles nécessaires pour réaliser ces finalités, mais qui peuvent être aménagées de diverses façons. Une laïcité "ouverte" sera

152. Bouchard and Taylor, supra n. 20.

davantage axée sur la défense de la liberté de religion, même si cela exige de relativiser le principe de neutralité.

De ces prémisses, la Commission conclut notamment qu'en général, les fonctionnaires publics doivent être autorisés à porter des symboles religieux dans l'exercice de leurs fonctions, mais qu'une interdiction limitée se justifie dans le cas des agents de l'État qui occupent des postes «qui incarnent [. . .] la nécessaire neutralité de l'État», ce qui s'applique selon la Commission au président et aux vice-présidents de l'Assemblée nationale, aux juges et aux procureurs de la Couronne et, enfin, aux policiers et aux gardiens de prison. Cette recommandation de la Commission n'a pas été suivie jusqu'à présent et il n'existe actuellement au Québec, comme dans le reste du Canada, aucune règle qui interdise de façon générale le port de signes religieux par les agents publics dans l'exercice de leurs fonctions. Au contraire, la Gendarmerie Royale du Canada autorise expressément les sikhs qui servent dans ce corps policier (relevant des autorités fédérales) à porter le turban à la place du chapeau feutre traditionnel. Cette décision de la Gendarmerie royale a été contestée comme contraire à la liberté de religion des membres du public susceptibles d'entrer en contact avec des policiers portant des attributs religieux sikhs. Cette argumentation a cependant été rejetée par les tribunaux.¹⁵³

Dans son rapport, la Commission recommande également que le crucifix accroché au-dessus du fauteuil du président de l'Assemblée nationale (parlement) du Québec soit retiré, parce qu'il laisse penser qu'une proximité toute spéciale existe entre le pouvoir législatif et la religion de la majorité. Le Premier ministre (provincial) Jean Charest, dès le lendemain de la publication du rapport, a fait adopter (à l'unanimité des députés présents . . . !) une résolution pour rejeter cette recommandation et affirmer le maintien du crucifix à l'Assemblée nationale.

X. HATE SPEECH: FREEDOM OF EXPRESSION AND OFFENCES AGAINST RELIGION

This section will examine the extent to which there is, in Canada, particular protection of religion in the public arena against offensive expressions. While the criminal offence of blasphemous libel is still on the books,¹⁵⁴ it has proven to have little consequence in the important intersection between freedom of expression and offences against religion in this country. The true test of this intersection has come in the form of protections against hate speech¹⁵⁵ which, while not limited to speech inciting hate against members of religious groups,¹⁵⁶ certainly encompasses speech that vilifies groups on the basis of their religion.

A. Hate Speech

By way of overview, hate speech in Canada is regulated both at the federal level, through the Criminal Code and the Canadian Human Rights Act,¹⁵⁷ as well as at the provincial level, where several provinces have specific provisions aimed at hate speech in their respective Human Rights Codes.¹⁵⁸ Because regulation of hate speech often clashes

153. *Grant c. Canada (Procureur Général)*, [1995] 1 C.F. 158 (Cour fédérale – section de première instance; la décision a été confirmée en appel : (1995) 125 D.L.R. (4th) 556 (C.A.F.).

154. *Criminal Code*, supra n. 115. See Ogilvie, *Religious Institutions*, supra n. 88 at 165-66. There is also an offence of inciting genocide in s. 318 of the *Criminal Code*. See *Mugasera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100 at paras. 85-89, 254 D.L.R. (4th) 200 [*Mugasera*] for a discussion of its elements.

155. For an excellent report on the status of hate speech in Canada see Richard Moon, *Report to the Canadian Human Rights Commission Concerning Section 13 of the Canadian Human Rights Act and the Regulation of Hate Speech on the Internet* (Ottawa: Minister of Public Works and Government Services, 2008), online: Canadian Human Rights Commission http://www.chrc-ccdca/pdf/moon_report_en.pdf [Moon, *Report Concerning Section 13*]. See also Ogilvie, *Religious Institutions*, Id., at 150-155.

156. Hate speech can be directed against any identifiable group such as those identified by religion, gender, race or sexual orientation.

157. But see *Warman v. Lemire*, 2009 CHRT 26 [*Warman*] (S. 13 of the Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6 [CHRA] was the subject of a court challenge and the Canadian Human Rights Tribunal has declared the section unconstitutional). For further discussion, see 37-38, below.

158. *Saskatchewan Human Rights Code*, R.S.S. 1979, c. S-24.1, s. 14; *Human Rights, Citizenship and*

with the constitutionally protected right of freedom of expression, this area of the law has been fraught with constitutional challenges, several of which have successfully impugned the relevant hate speech provisions,¹⁵⁹ and others which, while upholding such provisions, have divided the Canadian Supreme Court.¹⁶⁰

In terms of federal criminal legislation, the focus is primarily on section 319(2)¹⁶¹ of the *Criminal Code*, a provision that recognizes the “power of words to maim”¹⁶² and one that is aimed at suppressing the wilful promotion of hatred against identifiable groups. In the 1990 landmark decision of *R v. Keegstra*,¹⁶³ the Supreme Court upheld, by a narrow majority of 4 to 3, the constitutionality of this provision. That case concerned a High School teacher who taught his students that the Holocaust never occurred and that the Jews created the myth in order to gain sympathy.

While the Court agreed that the provision under which Keegstra was charged infringed freedom of expression entrenched in s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms,¹⁶⁴ the majority was able to save the provision through the use of s. 1 of the *Charter*¹⁶⁵ which allows the State to set limits on rights to the extent that such limits “can be demonstrably justified in a free and democratic society.” Section 319(2) was held to constitute a reasonable limit on freedom of expression given Parliament’s objective of preventing harm caused by hate propaganda and given that the provision meets the “proportionality test” in that its narrow ambit ensures only the most minimal impairment of such freedom.¹⁶⁶

It is to be noted that while s. 319(2) has withstood constitutional attack,¹⁶⁷ another provision in the *Criminal Code*¹⁶⁸, one that had made it an offence to “spread false news” and which had also been considered a tool to suppress offensive expressions against religious groups, was held to be unconstitutional by a narrow majority in the Supreme Court decision of *R v. Zundel*.¹⁶⁹

To make out the elements of the hate speech offence under s. 319(2), the Crown must prove, beyond a reasonable doubt, that the accused, by communicating statements other

Multiculturalism Act, R.S.A. 2000, c. H-14, s. 3; *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, s. 7; *Human Rights Act*, S.N.W.T. 2002, c. 18, s. 13; *Human Rights Act*, S.Nu. 2003, c. 12, s. 14.

159. See e.g. *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, 95 D.L.R. (4th) 202 [*Zundel*] (regarding s. 181 of the *Criminal Code*, supra n. 115); see most recently *Warman v. Lemire*, supra n. 157 (impugned the constitutional validity of s. 13 of the *CHRA*, supra n. 157).

160. See e.g. *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, 114 A.R. 81 [*Keegstra* cited to S.C.R.] (the Supreme Court upheld the criminal hate provisions by a narrow 4 to 3 majority); *Taylor v. Canadian Human Rights Commission*, [1990] 3 S.C.R. 892, 75 D.L.R. (4th) 577 [*Taylor*] (had previously upheld the constitutionality of s.13 of the *CHRA*, supra n. 157, also by a 4 to 3 margin).

161. Supra n. 115, s. 319(2) (aimed at incitement that willfully promotes hatred against identifiable groups). See also s. 319(1) (covers the incitement of hatred where such incitement is likely to lead to a breach of the peace).

162. Maxwell Cohen (Chair), Preface in *Report to the Minister of Justice of the Special Committee on Hate Propaganda in Canada* (Ottawa: Queen’s Printer, 1966) at xiii. The report also continued to recognize that while freedom of expression must exist, society must “draw[] lines at the point where the intolerable and the impermissible coincide”.

163. Supra n. 160.

164. *Charter*, supra n. 25, s.2(b) (section 2(b) reads: “Everyone has the following fundamental freedoms: ... (b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication.”).

165. *Id.*, s. 1 (“The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society”). See also the further discussion of s. 1, above, at 17-18.

166. For an overview of the role of s. 1 analysis, see *R. v. Oakes*, supra n. 76. For a thorough analysis of the majority and minority opinions in *Keegstra*, supra n. 160, see Lorraine Eisenstat Weinrib, “Hate Promotion in a Free and Democratic Society: *R v. Keegstra*” (1991) 36 McGill L.J. 1416.

167. Its constitutionality has been recently affirmed in *R. v. Sentana-Ries*, 2005 ABQB 260, [2005] A.W.L.D. 2930.

168. Supra n. 115, s. 181 formerly read: “Every one who willfully publishes a statement, tale or news, that he knows is false and that causes or is likely to cause injury or mischief to a public interest is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years.”

169. Supra n. 159 (the majority of the Supreme Court of Canada found that unlike in *Keegstra*, supra n. 160, the provision in question could not be justified under s. 1 of the *Charter*, supra n. 25, given its overly broad reach).

than in private conversation, wilfully promoted hatred against a group identifiable by colour, race, religion or ethnic origin. The promotion of hatred implies that individuals are to be “despised, scorned, denied respect and made subject to ill-treatment on the basis of group affiliation”¹⁷⁰ and its wilful nature necessitates a stringent standard of *mens rea*, thereby limiting the offence to the intentional promotion of such hatred. In particular, it is not sufficient that the accused be negligent or reckless as to the result of their words but rather, that he or she desire the promotion of hatred or foresee such a consequence as certain or substantially certain to result.¹⁷¹ While by the Supreme Court of Canada’s own admission, this is a “difficult burden for the Crown to meet,”¹⁷² the Crown need not prove an actual causal link, namely that actual hatred resulted, but merely that the hate-monger had the required intent.¹⁷³

Furthermore, the section provides the accused with a variety of defences including the truth of the statements, as well as the ability to prove that the statements were made in good faith to advance an opinion of a religious subject. Although not a case on s. 319(2) of the Criminal Code, *Owens v. Saskatchewan (Human Rights Commission)*¹⁷⁴ demonstrates how this defence could arise. Owens had placed an ad in a newspaper containing Biblical passages condemning homosexuality, including a passage from Leviticus 20:13 to the effect that homosexuals “must be put to death.” The Saskatchewan Court of Appeal did not find Owens to have contravened the relevant provincial hate speech provision and stated that “Mr. Owens published the advertisement pursuant to a sincere and *bona fide* conviction forming part of his religious beliefs.”¹⁷⁵ This case demonstrates that while hate speech may at times protect religious groups, in appropriate cases, religious freedom can itself be a defence against hate speech.

In point of fact, the high threshold in the hate speech provision has proven to be difficult to meet by the Crown, and there are very few cases where an actual conviction has resulted. This may be illustrated by the recent and highly publicized case of *R. v. Ahenakew*¹⁷⁶ where Ahenakew, Chief of the Federation of Saskatchewan Indian Nations, alleged in a public speech that the Jews were responsible for starting World War II and later stated to a newspaper reporter that the Holocaust was a measure taken to “get rid of a disease” and an attempt to “clean up the world.” Despite the fact that the Court characterized these remarks as “revolting, disgusting and untrue,” they did not result in a conviction under the Criminal Code. The Court found the statements were not made with the required intent of inciting hatred, but rather as a response to questions by a reporter whom the accused considered rude and aggressive.

As previously mentioned, hate speech is not only regulated through the Criminal Code but through the Canadian Human Rights Act (hereinafter the “CHRA”) as well.¹⁷⁷ Section 13 of the CHRA is aimed at speech, communicated telephonically or over the Internet, that is likely to expose members of an identifiable group to hatred or contempt. While initially held, by a narrow majority of the Supreme Court of Canada, to pass constitutional muster in the case of *Taylor v. Canadian Human Rights Commission*,¹⁷⁸ it

170. *Keegstra*, supra n. 160 at 777; *Mugasera*, supra n. 154 at para. 101. In addition, in *Mugasera*, the Court states at para. 103: “In determining whether the communication expressed hatred, the court looks at the understanding of a reasonable person in the context”.

171. *Keegstra*, Id. at 774-76 as affirmed most recently in *R. v. Ahenakew*, 2009 SKPC 10, 64 C.R. (6th) 389 at paras. 17-20, 329 Sask. R. 140 [*Ahenakew*].

172. *Keegstra*, Id. at 775.

173. See *Mugasera*, supra n. 154 at paras. 102, 104 (“the offence does not require proof that the communication caused actual hatred,” just that “the speaker must desire that the message stir up hatred”).

174. 2006 SKCA 41, 267 D.L.R. (4th) 733, 279 Sask. R. 161.

175. Id. at para. 54.

176. Supra n. 171.

177. For a more detailed comparison of the two provisions see Jennifer Lynch, *Special Report to Parliament: Freedom of Expression and Freedom from Hate in the Internet Age* (Ottawa: Minister of Public Works and Government Services, 2009), online: Canadian Human Rights Commission, http://www.chrc-ccdca/pdf/srp_rsp_eng.pdf.

178. Supra n. 160 (the Supreme Court noted that despite not requiring proof of intention, s. 13 only minimally impairs freedom of expression because the Act’s purpose is to prevent discrimination rather than punishing moral blameworthiness).

has recently been held to be unconstitutional as an unwarranted restriction on freedom of expression in the recent Canadian Human Rights Tribunal decision of *Warman v. Lemire*.¹⁷⁹ The change in constitutional propriety is due to amendments to the CHRA in 1998. Previously the section carried with it merely the sanction of a cease and desist order whereas the amendments added financial sanctions by way of penalties that could be levied on offenders. That was held to turn the provision, whose main purpose was previously described as “remedial, preventative and conciliatory,” into one with punitive and penal consequences, thereby no longer justifying the limit on freedom of expression on the basis of minimum impairment.¹⁸⁰ The result of this recent decision of September 2009 certainly places the regulation of hate speech through non-criminal federal legislation into uncertain territory.

Several provincial and territorial human rights codes¹⁸¹ also regulate hate speech and one such provision, section 14 of the Saskatchewan Human Rights Code, has been the subject of, but passed, constitutional challenge as being a reasonable limit on freedom of expression.¹⁸² However, as Luke McNamara points out in his exhaustive study of hate speech at the provincial level in Canada, “a lingering unease about the legitimacy of legislative restrictions on the communication of ideas . . . has been manifested in the preference . . . for a narrow construction of the scope of provincial hate speech prohibitions.”¹⁸³

B. Group Defamation

Another avenue through which one may pursue offensive speech is through defamation. The major impediment to this approach as a way to redress offensive speech against identifiable groups is that traditionally, defamation is seen as a personal action based on injury to one’s own reputation and not injury to the reputation of the group to which one belongs. As such, if the statements target the group and not specific members of a group, defamation will not, according to its established ambit, apply.¹⁸⁴ An interesting decision recently decided by the Quebec Court of Appeal in *Diffusion Métromédia CMR Inc. c. Malhab*¹⁸⁵ has upheld the conventional position that unless the group is very small such that personal prejudice can be shown, racist commentary about a group will not constitute defamation.¹⁸⁶ However, that case has received leave to appeal by the Supreme Court of Canada¹⁸⁷ and it remains to be seen whether the result of that decision will nuance the traditional ambit of defamation in a group setting.

The few statutory group libel provisions that exist in Canada¹⁸⁸ have likewise not proven to be effective tools against hate speech directed at religious or other groups. According to McNamara, these statutes have been minimally used due either to the strict

179. *Supra* n. 157.

180. See *Id.* at paras. 248-290. See also Moon, *Report Concerning Section 13*, *supra* n. 155 (Moon argues that s. 13 of the *CHRA*, *supra* n. 157, as currently drafted constitutes an unjustified intrusion on the fundamental right of *freedom of expression and should either be repealed or reshaped*); Lynch, *supra* n. 177 (recommends repealing the penalty provision in s. 54(1)(c) of the *CHRA* and amending the *CHRA* to provide a statutory definition of hatred and contempt in accordance with *Taylor*, *supra* n. 160.)

181. See list of provisions *supra* n. 146. Note as well that even where hate speech is not specifically regulated in provincial human rights legislation, most provinces and territories make it unlawful to display notices, signs or symbols that discriminate or intend to discriminate against an identifiable group: see Luke McNamara, “Negotiating the Contours of Unlawful Hate Speech: Regulation under Provincial Human Rights Laws in Canada” (2005) 38 *U.B.C. L. Rev* 1 (providing an excellent overview of provincial regulation of hate speech).

182. *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Bell (c.o.b. Chop Shop Motorcycle Parts)* (1991), 88 D.L.R. (4th) 71 (Sask. C.A.), 96 Sask. R. 296.

183. *Supra* n. 181 at para. 230. Accord Moon, *Report Concerning Section 13*, *supra* n. 155 at 16.

184. See *Bai v. Sing Tao Daily Ltd.* (2003), 226 D.L.R. (4th) 477 (Ont. C.A.), 171 O.A.C. 385.

185. 2008 QCCA 1938, [2008] R.J.Q. 2356, 60 C.C.L.T. (3d) 58.

186. See e.g. *Ortenberg v. Plamondon* (1915), 24 B.R. 69 (Qc. C.A.). The plaintiff succeeded in an individual action for defamation based on racist comments against Jews in Québec City due to the small number of individuals forming the targeted group, the fact that he was specifically identified as the subject of the comments and evidence that he suffered personal, distinct and foreseeable damages following the comments. *Id.*

187. Leave to appeal to S.C.C. granted, 2009 CarswellQue 2824 (S.C.C.) (WLeC).

188. See *Defamation Act*, R.S.M. 1987, c. D20, s. 19; *Civil Rights Protection Act*, R.S.B.C. 1996, c. 49, s. 2.

nature of the offence (in Manitoba, the publication must not only expose members of the target group to hatred but must also tend to raise unrest or disorder) and/or an underlying concern about constitutional validity.¹⁸⁹

The result is that while Canada has sought to attack hate speech through a variety of federal and provincial provisions, “free speech sensitivity has exerted a powerful influence”¹⁹⁰ on the legitimacy and efficacy of such attempts.

XI. CONCLUSION

This Report has presented a multifaceted overview of the interaction between religion, the public and private spheres of Canadian law and everyday life. Despite the myriad of court decisions, many at the Supreme Court level, that seem to settle a great variety of issues dealing with the intersection of religion and the secular state, Canada continues to grapple with difficult questions on this topic.

As recently as March of 2010, there was a highly-publicized clash between secularism and the accommodation of religious observance in an incident involving a Muslim Egyptian woman enrolled in a French language class at a publicly-funded junior college in Montreal. For religious reasons, she wore a niqab, a headdress which covered her entire face with the exception of her eyes. Although this woman had received various accommodations from the school, at one point she was told she had to remove her niqab so that her French pronunciation could be properly tested. When she refused, she was asked to leave the school. In addition to generating a great deal of public controversy over where to draw the line between reasonable and unreasonable accommodation, this incident spurred the Quebec government to propose draft legislation which, if passed, would require employees and clients of educational, health and administrative provincial public institutions and services to interact with each other without face coverings.

In June of 2010, another important issue regarding religion and the secular state arose in the context of education. At issue was the right of a private religious school to teach a compulsory course on Ethics and Religious Culture from the viewpoint of Catholic principles that mirrored the mission of that particular school. The Quebec Minister of Education had refused the school the right to substitute its version of the course on the ground that the course was intended to teach the recognition of others and the pursuit of the common good and therefore had to offer the study of the world’s major religious traditions and ethical questions generally. The Superior Court of Quebec held that such refusal was invalid under the Quebec Charter and that it was unreasonable to assume that a confessional program could not achieve the goals proposed by the ministry program. Justice Dugré found that the high school in question was entitled the academic freedom to teach the course from the perspective of the Catholic religion that defines the mission of the school.

These are just two examples that have arisen in recent months and given the increasingly multicultural nature of Canadian society, the incidents in which religion will interact, or clash, with the secular state can only be expected to rise. As this Report has attempted to illustrate, the legal landscape in Canada is already rich with many examples of accommodating this delicate balance. The near future is sure to hold even more developments of this ongoing and interesting intersection between religion, law and life.

189. McNamara, *supra* n. 181 at paras. 100, 108.

190. *Id.* at para. 232.