

Le rôle des tribunaux ontariens dans la reconnaissance des traits socioreligieux amish

Raphaël Mathieu Legault-Laberge

Volume 52, Number 1, 2023

Actes du colloque *Les tribunaux comme objet de recherche en sciences humaines et sociales*

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1100316ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1100316ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Legault-Laberge, R. M. (2023). Le rôle des tribunaux ontariens dans la reconnaissance des traits socioreligieux amish. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 52(1), 67–120. <https://doi.org/10.7202/1100316ar>

Article abstract

The Amish arrived in Southern Ontario in 1822. This religious minority adopts specific socioreligious practices, such as the use of horses to farm and as a means of transportation, and intergenerational and communal familial cohabitation. Have the Courts in Ontario contributed to the acknowledgement of these socioreligious practices? If so, in what manner? It is postulated in this study that the Courts positively influenced the acknowledgment of the Amish socioreligious practices at the local level. Two cases are examined to explore this hypothesis, both concerning municipal law: Mornington (Township) v. Kuepfer and Stoll v. Kawartha Lakes (City) Committee of Adjustment. In the first case, the Amish community was granted the right to keep horses in a municipality where a by-law formally forbade such keeping. In the second case, the Amish community was granted the right to build a second house on farmland where such construction was forbidden. In both situations, the Courts, acting as a source of State authority, took into account the religious freedom afforded to this religious community, thus contributing to the acknowledgement of these specific socioreligious aspects of the Amish community.

Le rôle des tribunaux ontariens dans la reconnaissance des traits socioreligieux amish*

par Raphaël Mathieu LEGAULT-LABERGE**

Les amish sont présents dans le sud ontarien depuis 1822. Ce groupe religieux minoritaire manifeste certains traits socioreligieux uniques qui font partie de leur normativité (Ordnung), tels que l'utilisation des chevaux pour leurs déplacements et leurs travaux agricoles et la communalisation intergénérationnelle des espaces de vie familiaux. Ces mêmes caractéristiques ont surgi comme éléments centraux de certaines décisions des tribunaux ontariens. Ces tribunaux ont-ils contribué à la reconnaissance des spécificités socioreligieuses et normatives des amish ? Si oui, à quel niveau et dans quelle mesure ? L'hypothèse avancée dans le cadre de cette étude postule que les tribunaux ont influencé positivement la reconnaissance des traits socioreligieux amish, et ce, à l'échelle locale. Les deux cas considérés afin d'étayer cette hypothèse (Mornington (Township) v. Kuepfer et Stoll v. Kawartha Lakes (City) Committee of Adjustment) concernent le droit municipal. Dans le premier cas, les amish ont obtenu le droit de garder des chevaux dans une municipalité où un règlement l'interdisait formellement. Dans le second cas, les amish ont obtenu le droit de construire une seconde résidence sur un terrain agricole où cela n'était pas permis. Dans les deux cas considérés, les tribunaux ontariens ont reconnu la liberté de religion des amish, jouant un rôle dans la reconnaissance de leurs traits socioreligieux.

The Amish arrived in Southern Ontario in 1822. This religious minority adopts specific socioreligious practices, such as the use of horses to farm and as a means of transportation, and intergenerational and communal familial cohabitation. Have the Courts in Ontario contributed to the acknowledgement of these socioreligious practices? If so, in what manner? It is postulated in this study that the Courts positively influenced the acknowledgment of the Amish

* L'auteur tient à remercier vivement Yan Sénéchal, Pierre Noreau et Emmanuelle Bernheim. Un merci particulier va à Claude Gélinas, pour sa lecture attentive d'une première version de ce texte.

** Professeur associé au Centre d'études du religieux contemporain de l'Université de Sherbrooke, coordonnateur et chercheur partenaire au Centre de recherche Société, Droit et Religions de l'Université de Sherbrooke.

socioreligious practices at the local level. Two cases are examined to explore this hypothesis, both concerning municipal law: Mornington (Township) v. Kuepfer and Stoll v. Kawartha Lakes (City) Committee of Adjustment. In the first case, the Amish community was granted the right to keep horses in a municipality where a by-law formally forbade such keeping. In the second case, the Amish community was granted the right to build a second house on farmland where such construction was forbidden. In both situations, the Courts, acting as a source of State authority, took into account the religious freedom afforded to this religious community, thus contributing to the acknowledgement of these specific socioreligious aspects of the Amish community.

Los amish están presentes en el sur de Ontario desde 1822. Este grupo religioso minoritario manifiesta ciertos rasgos socioreligiosos únicos que forman parte de su normatividad (Ordnung), como el uso de caballos para los desplazamientos y los trabajos agrícolas y la comunalización intergeneracional de los espacios de vida familiar. Estas mismas características han surgido como elementos centrales de algunas decisiones de los tribunales de Ontario. Cabe preguntarse si los tribunales de Ontario han contribuido al reconocimiento de las especificidades socioreligiosas y normativas de los amish. En caso afirmativo, ¿a qué nivel y en qué medida? La hipótesis planteada en el contexto de este estudio postula que los tribunales han influido positivamente en el reconocimiento de los rasgos socioreligiosos de los amish a nivel local. Los dos casos considerados para apoyar esta hipótesis (Mornington [Township] contra Kuepfer y Stoll contra Kawartha Lakes [City] Committee of Adjustment) se refieren al derecho municipal. En el primer caso, los amish obtuvieron el derecho a tener caballos en un municipio donde un reglamento lo prohibía formalmente. En el segundo caso, los amish ganaron el derecho a construir una segunda residencia en terrenos agrícolas donde no estaba permitido. En ambos casos, los tribunales de Ontario reconocieron la libertad de religión de los amish, contribuyendo así al reconocimiento de sus rasgos socioreligiosos.

SOMMAIRE

| | |
|---|-----|
| Introduction | 71 |
| I. Notions de pluralisme normatif et de justice | 76 |
| A) Monisme étatique et pluralisme normatif | 77 |
| B) Justice et rôle des tribunaux en contexte de pluralisme normatif..... | 82 |
| II. Être amish : appartenance religieuse et normativité | 91 |
| A) Ordnung | 92 |
| B) Gemeinschaft | 96 |
| C) Gelassenheit | 100 |
| III. Décisions des tribunaux | 101 |
| A) <i>Mornington (Township) v. Kuepfer</i> | 102 |
| B) <i>Stoll v. Kawartha Lakes (City) Committee of Adjustment</i> | 107 |
| Discussion et conclusion | 113 |

Introduction

Les amish¹ font partie de la famille religieuse des anabaptistes². Ils sont apparus en France (en Alsace) en 1693³ et ont commencé leur migration en Amérique (aux États-Unis plus particulièrement) dès 1727⁴, à la suite de la promulgation, en 1712, d'un décret qui chassait les anabaptistes du territoire alsacien⁵. Invités alors par le quaker William Penn

¹ À propos des amish, voir : John A. HOSTETLER, *Amish Society*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1976; John A. HOSTETLER, *The Amish*, Scottdale, Herald Press, 1995; Donald B. KRAYBILL, *The Amish. Why They Enchant Us*, Scottdale, Herald Press, 2003; Levi MILLER, *Our People. The Amish and Mennonites of Ohio*, Scottdale, Herald Press, 1992. Les croyances religieuses particulières des amish incluent, de façon générale : le baptême des adultes sur confession de foi, le refus de porter les armes, le refus de prêter serment et le refus de la plupart des technologies modernes dont, dans plusieurs communautés, le refus de l'électricité.

² À propos des anabaptistes, voir : Harold S. BENDER, « The Anabaptist Vision », (1944) 13 *Cambridge University Press* 3; Donald B. KRAYBILL, *Who Are the Anabaptists? Amish, Brethren, Hutterites, and Mennonites*, Scottdale, Herald Press, 2003. Font également partie de cette famille religieuse les mennonites et les huttériens. À propos des mennonites canadiens, voir : Marlene EPP, *Mennonites in Ontario*, Waterloo, Mennonite Historical Society of Ontario, 2012; Margaret LOEWEN REIMER, *One Quilt Many Pieces. A Guide to Mennonite Groups in Canada*, 4^e éd., Waterloo, Herald Press, 2008. À propos des huttériens, voir : Alvin J. ESAU, *The Courts and the Colonies. The Litigation of Hutterite Church Disputes*, Vancouver, UBC Press, 2004; John A. HOSTETLER, *Hutterite Society*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1997; Yossi KATZ et John LEHR, *Inside the Ark. The Hutterites in Canada and the United States*, Regina, Canadian Plains Research Center Press, 2012.

³ Voir : Robert BAECHE, « Research Note: The "Patriarch" of Sainte-Marie-aux-Mines », (2000) 74-1 *Mennonite Quarterly Review* 145.

⁴ Selon Hostetler, « [t]he first ship to carry persons with typical Amish names was *The Adventure*, which sailed from Rotterdam and arrived in Philadelphia on October 2, 1727. It is almost certain, however, that a few families arrived before this time » : J. A. HOSTETLER, *The Amish*, préc., note 1, p. 7 et 8.

⁵ À propos des interactions entre les anabaptistes et la sphère publique en France, voir : Charles MATHIOT et Roger BOIGEOL, *Recherches historiques sur les anabaptistes de l'ancienne principauté de Montbéliard, d'Alsace et du territoire de Belford*, 2^e éd., vol. 5, coll. « Essais sur l'histoire du protestantisme français », Flavion, Le phare, 1969, p. 41-46. Voir aussi : Frédéric SCHWINDT, « La diffusion de la communauté mennonite en France d'après l'étude des patronymes (XVII^e-XX^e siècles) », (2009) 651-3 *Revue historique* 561, 561 :

ils [les anabaptistes] ont trouvé un bon accueil en Alsace et notamment à Strasbourg jusqu'à ce que Louis XIV décide à son tour de les chasser de ses états en 1712. Cette politique a produit l'effet contraire de celui désiré, puisque les anabaptistes ont profité de l'existence d'une multitude

à s'établir en Pennsylvanie – le quakerisme et l'anabaptisme partageant indéniablement de fortes affinités identitaires⁶ –, les amish ont progressivement étendu leurs communautés un peu partout aux États-Unis. Ils se trouvent aujourd'hui principalement en Indiana, en Ohio et en Pennsylvanie et comptent plus de 220 000 membres, répartis dans plus de vingt États américains. Au Canada, ce sont entre 3 000 et 5 000 amish qui vivent en Ontario (mais on y retrouve plus de 60 000 membres du Old Order Mennonite, qui sont presque en tous points identiques aux amish⁷) et qui y sont présents depuis 1822⁸. Depuis quelques années, quelques dizaines d'amish habitent au Nouveau-Brunswick, au Québec et au Manitoba.

d'enclaves (les duchés de Lorraine ou de Montbéliard, le pays de Salm) pour avancer davantage en direction de la France par le Jura ou par les Vosges. Ces territoires avaient en effet été ravagés et dépeuplés par la guerre de Trente Ans et ils bénéficiaient, sinon de droit, du moins de fait, d'une relative tolérance religieuse au XVIII^e siècle.

⁶ Notamment en tant qu'Églises de la paix. À ce propos, voir : le chapitre intitulé « A Witness for the Kingdom. Humanist, Anabaptist, and Quaker Pacifists », de Lisa S. CAHILL, *Blessed Are the Peacemakers. Pacifism, Just War, and Peacebuilding*, Minneapolis, Augsburg Fortress Press, 2019, p. 247-282; Robynne R. HEALEY, « Quakers and Mennonites and the Great War », dans Gordon L. HEATH (dir.), *Canadian Churches and the First World War*, Cambridge, The Lutterworth Press, 2014, p. 218.

⁷ À propos du Old Order Mennonite, voir : John PETERS, *The Plain People. A Glimpse at Life Among the Old Order Mennonites of Ontario*, Kitchener, Pandora Press, 2003; Donald MARTIN, *Distinctive Teachings of the Old Order People*, Wallenstein, Vineyard Publications, 2007.

⁸ Selon Gingerich, Christian Nafziger, arrivant d'Europe (Bavière), aurait été le premier amish à s'établir en Ontario. Pour tous les détails concernant cette immigration, voir : Orland GINGERICH, *The Amish of Canada*, Waterloo, Conrad Press, 1972, p. 27-29. « Nafziger spread the good news of his "land find" in Canada. [...] Amish [...] began to arrive in Canada in 1824 » (*id.*, p. 29). L'information est corroborée par Loewen Reimer : « [i]n 1822, the first Amish arrived in Ontario » (M. LOEWEN REIMER, préc., note 2, p. 87).

En ce qui concerne les amish canadiens *stricto sensu*, il s'agit donc d'un groupe religieux minoritaire très peu peuplé⁹. Certes, en y ajoutant les membres du Old Order Mennonite, qui revendiquent les mêmes marqueurs identitaires, une population plus importante est alors dénombrée, concentrée dans le sud ontarien, population qui manifeste certains traits socioreligieux uniques tels que l'utilisation des chevaux pour leurs déplacements et leurs travaux agricoles et la communalisation intergénérationnelle des espaces de vie familiaux. Cependant, malgré cette présence peu nombreuse (quantitativement parlant), les spécificités socioreligieuses des amish et du Old Order Mennonite, et des anabaptistes en général, ont conduit à de nombreuses interactions entre ces groupes religieux et la sphère publique canadienne, tant en Ontario qu'ailleurs au Canada, et ce, en raison de leurs demandes particulières visant à maintenir leur style de vie religieux distinct. Par exemple, leurs revendications pour obtenir des écoles séparées du système d'éducation publique ont été plutôt bien accueillies en Ontario au milieu des années 1960¹⁰.

⁹ Cet article se limitera aux affaires relatives aux amish et au territoire de l'Ontario. Des parallèles avec les hutteurs et les mennonites seraient faciles à établir, mais ce sera l'objet d'une autre étude.

¹⁰ À ce propos, voir : Martin A. FREY, *The Origin of Old Order Mennonite Private Schools in Woolwich Township and the Proceedings Leading to It*, Waterloo, Conrad Grebel College, 1983; Mark W. DEWALT, *Amish Education in the United States and Canada*, Lanham, Rowman & Littlefield Education, 2006. À propos de l'éducation chez les amish, voir : Albert N. KEIM (dir.), *Compulsory Education and the Amish. The Right Not to Be Modern*, Boston, Beacon Press, 1975; Thomas J. MEYERS, « Education and Schooling », dans Donald B. KRAYBILL (dir.), *The Amish and the State*, 2^e éd., Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2003, p. 87. À propos de la reconnaissance d'une éducation amish distincte aux États-Unis, voir : *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972) (où les amish ont obtenu le droit de retirer leurs enfants de l'école à 14 ans).

Les tribunaux ontariens ont, à quelques reprises, été saisis d'affaires concernant les amish et impliquant directement ces traits socioreligieux¹¹. Considérant ces cas, il est possible de se demander : les tribunaux ontariens ont-ils contribué à la reconnaissance des spécificités socioreligieuses et normatives des amish? Si oui, à quel niveau et dans quelle mesure? L'hypothèse avancée dans le présent article postule que les tribunaux ont influencé positivement la reconnaissance des spécificités socioreligieuses et normatives des amish, et ce, à l'échelle *locale*. Dans le cadre de cet article, il s'agira alors, et surtout, de déterminer la portée de l'influence des tribunaux dans ce processus de reconnaissance des normativités d'un groupe religieux minoritaire en tentant de concevoir la façon dont le rôle des tribunaux entre en conjonction avec d'autres facteurs sociaux, tels que la présence historico-démographique du groupe religieux dans le sud ontarien et l'incidence des prescriptions législatives s'adressant à leurs spécificités socioreligieuses. En ce qui a trait aux amish, il importe de souligner d'emblée le fait que leur velléité de se séparer du monde¹² n'est effective que dans ces rapports qui viennent moduler la façon dont leur mode de vie s'agence en fonction des contraintes de la vie moderne. Quant aux tribunaux, il s'agit également d'inscrire leur rôle à l'intérieur d'une conception de la justice qui, dans le contexte démocratique canadien, cherche la reconnaissance de droits spécifiques en fonction d'un « pluralis-

¹¹ Compte tenu du fait que les amish et les anabaptistes conservateurs interdisent à leurs membres d'avoir recours à la justice civile, il n'est pas surprenant que le nombre de cas les concernant et ayant atteint les tribunaux soit plutôt réduit. À propos de la culture juridique des anabaptistes, voir : Raphaël Mathieu LEGAULT-LABERGE, « La culture juridique des anabaptistes au Canada. *Ein Gemeinschaftsrecht und ein Gesellschaftsrecht* », (2019) 49-2 *R.G.D.* 521.

¹² Qui devient une prescription normative, relevant donc d'un ordre légal religieux, fondée notamment sur les versets bibliques suivants : « [s]i vous étiez du monde, le monde aimerait ce qui est à lui; mais parce que vous n'êtes pas du monde, et que je vous ai choisis du milieu du monde, à cause de cela le monde vous hait » (Jean 15:19); et « [j]e leur ai donné ta parole; et le monde les a haïs, parce qu'ils ne sont pas du monde, comme moi je ne suis pas du monde » (Jean 17:14).

me juridique [ou normatif] radical¹³ » qui rend, pragmatiquement parlant, effectifs la tolérance¹⁴ et le multiculturalisme¹⁵.

Les deux cas considérés afin d'étayer cette hypothèse¹⁶, *Mornington (Township) v. Kuepfer*¹⁷ et *Stoll v. Kawartha Lakes (City) Committee of Adjustment*¹⁸, concernent le droit municipal¹⁹. Dans le premier cas, les amish ont obtenu le droit de garder des chevaux dans une municipalité où

¹³ Selon l'expression de Sébastien LABEL-GRENIER, *Pour un pluralisme juridique radical*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté de droit, Université McGill, 2002.

¹⁴ Les amish peuvent être considérés comme un groupe religieux « illibéral », voir : Alvin J. ESAU, « Living by Different Law: Legal Pluralism, Freedom of Religion, and Illiberal Religious Groups », dans Richard MOON (dir.), *Law and Religious Pluralism in Canada*, Vancouver, UBC Press, 2008, p. 110. La question, à savoir : « comment une démocratie libérale et tolérante peut-elle parvenir à accepter sur son territoire des groupes religieux illibéraux et intolérants? », demeure ouverte. Elle est abordée plus largement dans Yossi NEHUSHTAN, *Intolerant Religion in a Tolerant-Liberal Democracy*, Londres, Bloomsbury, 2015. D'un autre côté, les persécutions historiques à l'égard des anabaptistes, de la part d'autres confessions religieuses, mais aussi des États où ils ont résidé, sont bien réelles. En ce qui concerne le Canada, voir : William JANZEN, *Limits on Liberty: The Experience of Mennonite, Hutterite, and Doukhorbor Communities in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1990.

¹⁵ À ce propos, voir : Amy GUTMANN, *Identity in Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2003; Charles TAYLOR, *Multiculturalisme : différence et démocratie*, Paris, Flammarion, 1994.

¹⁶ Ces deux cas ont été choisis, car ce sont les seuls qui ont été considérés par les tribunaux ontariens en la matière entre 1995 et 2005. Comme cela a été mentionné précédemment, les affaires juridiques qui concernent les amish ontariens sont plutôt rares. Les jugements rendus en la matière sont donc d'une importance particulière, car ils disent un droit qui ne s'exprime qu'à de très rares occasions.

¹⁷ *Mornington (Township) v. Kuepfer*, [1996] O.J. No. 1724 (Ct. of J.) (LAd/QL).

¹⁸ *Stoll v. Kawartha Lakes (City) Committee of Adjustment*, [2004] O.M.B.D. No. 866 (Lad/QL).

¹⁹ À propos du droit municipal en général, voir : Jean HÉTU, Yvon DUPLESSIS et Lise VÉZINA, *Droit municipal. Principes généraux et contentieux*, Toronto, Wolters Kluwer Canada, 2016, en ligne : <<https://intelliconnect.ca>>. À propos du droit municipal ontarien, voir : John MASCARIN et Christopher J. WILLIAMS, *Ontario Municipal Act and Commentary*, Montréal, Toronto, LexisNexis Canada, 2023.

un règlement l'interdisait formellement. Dans le second cas, ils ont obtenu le droit de construire une seconde résidence sur un terrain où cela n'était pas permis. Dans ces deux situations, les tribunaux, considérés comme les représentants d'une source d'autorité étatique²⁰, ont joué un rôle positif en ce qui concerne la reconnaissance de certains traits socioreligieux propres aux amish, rôle qui converge avec d'autres aspects – législatifs notamment – de la vie démocratique canadienne. Afin de mener une analyse sociojuridique des cas présentés ici, la notion de pluralisme normatif sera mobilisée, cette notion étant remise en perspective en fonction, d'une part, du contexte pluraliste qui définit la démocratie canadienne et, d'autre part, d'une conception de la justice supposée et attendue à l'intérieur de ce contexte démocratique. Dans un second temps, la configuration générale de la normativité amish sera abordée, et ce, afin de montrer en quoi leurs revendications relèvent d'un ordre normatif religieux qui implique, voire impose à ses membres, un mode de vie particulier. Par la suite, les jugements relatifs à chacun des cas seront présentés et, finalement, une discussion ouvrira les perspectives face aux enjeux liés au rôle des tribunaux dans le processus de reconnaissance des traits socioreligieux amish dans le sud de l'Ontario.

I. Notions de pluralisme normatif et de justice

Quel rôle les tribunaux peuvent-ils jouer dans le processus de reconnaissance de pratiques socioreligieuses susceptibles de s'inscrire en déphasage non seulement avec les normes sociojuridiques en vigueur, mais aussi avec les valeurs partagées par un groupe majoritaire? Cette interrogation doit être resituée dans le contexte démocratique pluraliste où elle s'enracine, en lien avec la philosophie libérale qui lui est propre. Cette interrogation devrait également soulever des enjeux relatifs aux paradoxes établis par la dialectique entre le monisme étatique, qui serait le propre d'un régime de droit régalien, et le pluralisme normatif, qui caractérise empiriquement l'espace démocratique canadien.

²⁰

À ce propos, voir : Gérard BERGERON, *La gouverne politique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1977.

A) Monisme étatique et pluralisme normatif

La réflexion à propos de la reconnaissance de pratiques religieuses marginales et du rôle d'un tribunal à cet égard ne vise pas uniquement le domaine du droit. Parce qu'elle concerne les fonctions du tribunal dans une société démocratique et la signification de l'acte de juger²¹, cette réflexion s'inscrit d'emblée à l'intérieur de considérations interdisciplinaires qui se posent à l'interface des sciences juridiques et des sciences politiques. À cet égard, séparer le « droit » et la « politique » relève soit d'une fiction²², soit d'un artifice théorique²³. Qu'une pratique religieuse marginale, tel le mariage polygame pratiqué par les mormons fondamentalistes, soit considérée comme illégitime²⁴, et par conséquent rendue illégale par un ordre normatif²⁵, repose sur un ensemble de considérants qui renvoie à une forme de moralité chrétienne où le droit et la morale semblent indissociables. Ultimement, cette forme de marginalisation d'une pratique religieuse repose sur l'existence d'un système juridique qui cherche l'universalisation d'une normativité²⁶, ce qui renvoie à un *imperium* catégorique – voire, pour utiliser une expression « kantienne », à un

²¹ Voir de l'art de juger. À ce propos, voir : Louis LEBEL, *L'art de juger*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2019.

²² À ce propos, voir : Bernard COTTRET, Guillaume TUSSEAU et Jean-Pierre CLÉRO, *La figure de Saint Paul dans les œuvres de Bentham sur la religion*, coll. « Colloques & Essais, 124 », Bayonne, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2021; Jean-Pierre CLÉRO, « La valeur d'une théorie des fictions », (2000) 56-3 *Laval théologique et philosophique* 439.

²³ Hans Kelsen, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit? », (1992) 22 *Droit et société* 551.

²⁴ Comme c'est le cas dans la communauté de Bountiful, en Colombie-Britannique.

²⁵ *Code criminel*, 55 & 56 Vict., c. 29, (R.-U.), art. 278. À propos de la criminalisation de la polygamie, voir : Janet BENNION, « La criminalisation de la polygamie à l'égard des mormons fondamentalistes », dans David KOUSSENS, Marie-Pierre ROBERT, Claude GÉLINAS et Stéphane BERNATCHEZ (dir.), *La religion hors la loi. L'État libéral à l'épreuve des religions minoritaires*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 133.

²⁶ Ce qui, d'un point de vue transcendantal, pourrait être davantage le propre des régimes de droit civiliste, où l'application de la norme s'effectue de façon déductive.

impératif catégorique juridique au singulier²⁷ – qui détermine un monopole ou une « homophonie²⁸ » de la règle applicable dans un espace géographique défini. Ce qui est désigné comme un « monisme juridique », c'est-à-dire, selon Andersen, une « organisation juridictionnelle présentant

²⁷ Otfried HÖFFE, *Principes du droit. Éthique, théorie juridique et philosophie sociale*, Paris, Cerf, 1993, p. 91-107. C'est-à-dire, « [...] le principe d'une conciliation de la liberté d'action ayant lieu selon des lois strictement universelles » (p. 50), ces lois s'exprimant par et dans les droits fondamentaux : « [...] les droits de l'homme ont leur place dans ce cadre. Ce sont des droits *inaliénables* » (l'italique est de nous) (p. 68). Höffe indique également : « [...] le concept de droits de l'homme inaliénables [...] contient plus que certaines règles de coexistence avantageuses pour chacun » (Otfried HÖFFE, « Dans quelle mesure la théorie de John Rawls est-elle kantienne? », dans Catherine AUDARD (dir.), *Individu et justice sociale. Autour de John Rawls*, Paris, Seuil, 1988, p. 54, à la p. 67). À ce titre, Höffe parle du « principe des droits de l'homme » : O. HÖFFE, *Principes du droit. Éthique, théorie juridique et philosophie sociale*, préc., note 27, p. 97-104. Kelsen, quant à lui, nie la possibilité et l'existence de normes générales catégoriques : « [...] toutes les normes générales d'un ordre social empirique [...] ne peuvent prescrire une certaine conduite que sous des conditions très déterminées [...]. Seules des normes individuelles peuvent être catégoriques » (Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. par Charles EISENMANN, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1962, p. 140 et 141). On peut se demander, à cet égard : que deviennent les normes fondamentales dans sa théorie? Bien sûr, les normes fondamentales sont aussi soumises au principe de limitation, mais ce principe doit être utilisé avec parcimonie dans une société démocratique. Cela conduit-il à considérer les droits fondamentaux comme étant hypothétiques et non catégoriques? Face à leur caractère *inaliénable*, c'est la limitation elle-même qui doit être soumise à l'hypothétique, et non le principe des droits de la personne qui doit prévaloir en temps normal, c'est-à-dire, la plupart du temps. La théorie de Höffe est, à ce propos, plus caractéristique des visées démocratiques en contexte de pluralisme juridique.

²⁸ O. HÖFFE, *Principes du droit. Éthique, théorie juridique et philosophie sociale*, préc., note 27, p. 9. À cette « homophonie » s'opposerait une « polyphonie » (ce qui renvoie alors à un pluralisme normatif) ou encore une « symphonie », ce dernier terme étant utilisé pour qualifier le régime juridique de la Grèce, où le christianisme orthodoxe occupe une place prépondérante dans la vie normative de l'État. Voir : Élisabeth A. DIAMANTOPOULOU, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur la liberté de religion en Grèce et dans d'autres pays orthodoxes », dans Valentine ZUBER, Alberto Fabio AMBROSIO et Jacques HUNTZINGER (dir.), *Liberté de religion et de conviction en Méditerranée. Les nouveaux défis*, Paris, Hermann, 2020, p. 195.

une unité qui se manifeste par l'existence d'un seul ordre de juridiction au sommet duquel se trouve une cour suprême unique compétente pour statuer en dernier ressort sur les litiges relevant de l'ensemble des branches du droit²⁹ », concerne *a priori* ce type de monopole juridique effectif à l'intérieur d'un État. Ici, peut-être devrait-on parler davantage, à l'instar de Gaudreault-Desbiens³⁰, d'un « monisme étatique », entendu comme un espace de structuration des normativités légitimement admises au niveau de l'État, sans pour autant nier la présence et la pertinence d'autres ordres normatifs cohabitant dans ce même espace. Conçu comme un monopole étatique, le monisme étatique ne recherche pas seulement l'unité – ou l'universalité –, mais bien une exclusivité normative formelle, tant sur le plan juridique que politique. À la limite, cela renverrait immédiatement à une forme de totalitarisme où la norme est promulguée unilatéralement à l'intérieur d'un *imperium* qui édicte alors, par coercition et arbitrairement, la frontière entre l'acceptable et l'inacceptable³¹. Alors, pour le justiciable, nulle possibilité de créer ni même d'influencer l'ordre normatif³². Or, il est également possible que dans certains États totalitaires coexistent plusieurs ordres normatifs. Le cas de l'Espagne franquiste, où l'Église catholique conservait des droits spécifiquement consentis à son exercice des cultes³³, s'avère un exemple de cette coexistence de régimes juridiques à l'intérieur

²⁹ Robert ANDERSEN, « Monisme(s) ou dualisme(s) juridictionnel(s)? », (2000) 53-2 *La Revue administrative* 23, 23 (citant le rapporteur français Fabien Raynaud).

³⁰ Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « Introduction : le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *Le droit, la religion et le « raisonnable »*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 1.

³¹ Charles Louis DE SECONDAT MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, t. 1, Paris, Garnier Frères, 1956, p. 12, 22 et 30-33.

³² Même dans un espace démocratique, le justiciable peut percevoir le droit de cette façon. Voir le type « réactif » dans : Pierre NOREAU, « Référents religieux et rapport à la normativité : asymétrie des rapports au droit », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *Le droit, la religion et le « raisonnable »*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 383, à la p. 404.

³³ Relevant donc de l'application d'un régime normatif extérieur à celui de l'État espagnol. Voir : José-Luis LLAQUET, « El Ámbito Laboral de los Ministros de Culto en España », dans Bernard CALLEBAT, Hélène DE COURRÈGES et Valérie PARISOT (dir.), *Les religions et le droit du travail*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 201.

d'un État totalitaire. *A contrario*, un régime démocratique peut faire preuve d'une intolérance qui rend illégales certaines pratiques religieuses³⁴, et ce, malgré les droits et libertés fondamentaux qui constituent l'éthique morale – le fondement axiologique – vers laquelle tend la démocratie. Le cas du mariage polygame, illégal au Canada, révèle bien cet état de fait. *In fine*, la reconnaissance d'ordres normatifs distincts de la normativité étatique renverrait à quelque chose d'autre qu'à une forme définie d'*imperium* ou de pouvoir politique³⁵. En ce qui concerne l'État démocratique, Höffe pose la bonne question :

[L]e système politique démocratique est-il libre d'édicter n'importe quelles lois parce qu'il est bien légitime, ou bien y a-t-il des restrictions substantielles, à nouveau pour des raisons morales : des principes qui, tels les droits fondamentaux et les droits de l'homme, ou encore les devoirs de l'État, sont formulés, mais pas vraiment octroyés ou refusés par les systèmes politiques démocratiques³⁶?

La garantie et la limitation des droits et libertés se trouvent au fondement d'un régime démocratique³⁷. Ainsi, le droit de l'un commence

³⁴ Voir : D. KOUSSENS *et al.*, préc., note 25.

³⁵ Selon Spinoza,
[l]e droit qui est défini par la puissance de la multitude, on l'appelle généralement *imperium*. Et le détient absolument celui qui, d'un commun accord, est chargé de la république, c'est-à-dire d'instaurer, d'interpréter et d'abolir les droits, de fortifier les villes, de décider de la guerre et de la paix, etc. Si c'est un conseil composé de la multitude en commun qui en est chargé, alors l'*imperium* s'appelle démocratie; mais s'il est composé seulement de certains hommes choisis, il s'appelle aristocratie; et enfin, si la charge de la république et par conséquent l'*imperium* est entre les mains d'un seul, alors on l'appelle monarchie.
(Baruch SPINOZA, *Traité politique*, trad. par Bernard PAUTRAT, Paris, Éditions Allia, 2013, p. 41 et 42).

³⁶ O. HÖFFE, *Principes du droit. Éthique, théorie juridique et philosophie sociale*, préc., note 27, p. 45.

³⁷ « La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique » (*Charte canadienne des droits et*

où se termine le droit de l'autre : ce principe vaut essentiellement pour une coexistence pacifique de plusieurs convictions sur un même territoire, convictions qui portent, en elles-mêmes, les instances normatives constitutives du pluralisme normatif.

Le pluralisme normatif s'observe donc dès lors qu'une multitude d'ordres normatifs s'agencent et se côtoient dans un même espace géographique. Cet agencement, qui se fonde d'abord sur une conception de la science politique et de la justice – conception de la justice qu'une théorie pure du droit refuse d'aborder³⁸ –, n'est pas théorique, mais plutôt empirique, c'est-à-dire très concret pour les personnes qui revendiquent le droit de pratiquer une forme de religiosité qui n'est pas commune et qui, potentiellement, choque le sens commun³⁹. Il n'est alors pas question d'uniformisation ou d'universalisation d'une norme, mais bien d'empirie des formes de normativités réelles données par une appartenance religieuse qui s'inscrit à l'intérieur d'un espace ou d'un système de droit⁴⁰. En fait, « [d]ans la réalité, les systèmes existants s'écartent plus ou moins de ces modèles théoriques [moniste ou dualiste] pour constituer ce que l'on peut appeler des systèmes mixtes parmi lesquels on peut ranger les systèmes pluralistes⁴¹ ».

libertés, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)], art. 1). À ce propos, Höffe indique :

dès que *plusieurs* personnes se partagent le même monde extérieur, aucune ne peut revendiquer pour elle un espace vital sans restreindre ainsi celui dont peuvent disposer tous les autres. Là où il y a *un* univers, mais plusieurs personnes, une restriction réciproque des libertés est inévitable. [...] Cette restriction et cette protection [de la liberté, voire des droits fondamentaux] sont les deux faces d'un seul et même processus. Seule la limitation de la liberté par une loi universelle garantit à tous son égale protection.

(O. HÖFFE, *Principes du droit. Éthique, théorie juridique et philosophie sociale*, préc., note 27, p. 99).

38

H. KELSEN, préc., note 23.

39

À cet égard, l'exemple de la manipulation de serpents venimeux dans les églises pentecôtistes aux États-Unis est révélateur. Voir : Matthew M. BALL, « Targeting Religion: Analyzing Appalachian Proscriptions on Religious Snake Handling », (2015) 95-4 *Boston University Law Review* 1425.

40

Ce qui se rapprocherait alors davantage des systèmes de droit commun.

41

R. ANDERSEN, préc., note 29, 23.

Dans l'espace canadien, c'est entre une forme de monisme étatique et de pluralisme normatif que s'inscrivent les problématiques concernant la gestion de la diversité religieuse⁴². Monisme étatique, parce que le Canada est fondé sur un ordre juridictionnel qui comporte un seul ordre légal légitimé par l'État et qui, juridiquement, renvoie à l'existence d'un seul tribunal suprême. Pluralisme juridique ou normatif, parce que divers ordres normatifs corrélatifs d'autant d'appartenances religieuses se côtoient à l'intérieur de cet espace géographique, permettant librement aux citoyens de se déclarer membres d'une communauté religieuse spécifique. Cet agencement, entre un ordre normatif moniste, ou du moins qui, juridiquement, pointe vers une instance suprême jugeant, au dernier degré et en matière de droit, des différends, et une multiplicité de régimes normatifs relevant notamment de groupes religieux et convictionnels, renvoie effectivement à un système mixte où la justice civile, bien qu'elle soit soumise à un devoir de neutralité⁴³, est appelée à se prononcer sur des pratiques religieuses qui soulèvent parfois des différends en matière de gestion de la diversité⁴⁴.

B) Justice et rôle des tribunaux en contexte de pluralisme normatif

D'un certain point de vue, la justice relèverait davantage d'une axiologie que de la science du droit⁴⁵. Ainsi, « [l]e concept moral du droit

⁴² À ce propos, voir : Iain T. BENSON et Barry W. BUSSEY, *Religion, Liberty and the Jurisdictional Limits of Law*, Toronto, LexisNexis Canada, 2017; Janet EPP BUCKINGHAM, *Fighting Over God. A Legal and Political History of Religious Freedom in Canada*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2014; J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, préc., note 30; Richard MOON, *Freedom of Conscience and Religion*, Toronto, Irwin Law, 2014; Richard MOON (dir.), *Law and Religious Pluralism in Canada*, Vancouver, UBC Press, 2008; Margaret H. OGILVIE, *Religious Institutions and the Law in Canada*, Scarborough, Carswell, 1996.

⁴³ Voir : Nadia BOUTOUBA et Stéphane BERNATCHEZ, « L'État et la diversité religieuse au Canada : une possible histoire du principe de neutralité de l'État », (2013) Hors-série *R.D.U.S.* 9.

⁴⁴ Pour une table de la jurisprudence canadienne pertinente en la matière, voir : J. EPP BUCKINGHAM, préc., note 42, p. 275-296; R. MOON, *Freedom of Conscience and Religion*, préc., note 42, p. 203-208.

⁴⁵ Considéré ainsi, le « problème » de la justice relèverait de la subjectivité propre à un ordre juridique particulier, car il soulève alors des « jugements de valeur »

correspond à l'idée de la justice⁴⁶ ». Selon une théorie pure du droit, c'est-à-dire une approche scientifique du droit, le positivisme juridique récuserait l'idée même de la justice par rapport à laquelle le juriste scientifique se trouverait comme désengagé⁴⁷. Or, afin de resituer l'esprit du pluralisme normatif dans son espace culturel, en lien avec la vie démocratique canadienne, il est primordial de mener la réflexion à l'interface des sciences juridiques et des sciences politiques⁴⁸. Cette approche interdisciplinaire permet d'actualiser une pertinence axiologique qui s'adresse aux normes juridiques (et non aux propositions juridiques⁴⁹), conférant au tribunal une fonction fondée socialement sur une philosophie juridique qui s'ancre dans

(ce qui renvoie à la catégorie wébérienne de *Wertrationalität*). Voir : François BRUNET, « La justice sans le juriste. L'épistémologie juridique d'après Kelsen », (2013) 71-2 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 191, 192.

⁴⁶ O. HÖFFE, *Principes du droit. Éthique, théorie juridique et philosophie sociale*, préc., note 27, p. 99. Selon H. KELSEN, préc., note 27, p. 79 : « la justice est une exigence de la morale ».

⁴⁷ F. BRUNET, préc., note 45. À cet égard, Kelsen, préc., note 27, p. 67, indique : [q]ue la justice ne puisse pas être le critère qui distingue le droit d'autres ordres de contrainte, cela résulte du caractère relatif du jugement de valeur qui affirme la justice d'un ordre social.

Et encore (H. KELSEN, préc., note 27, p. 91) :

[I]e postulat de la séparation du droit et de la morale, et par conséquent du droit et de la justice, formulé sur la base d'une théorie relativiste des valeurs, signifie simplement qu'en déclarant un ordre juridique moral ou immoral, juste ou injuste, on exprime simplement le rapport de l'ordre juridique à l'un des multiples systèmes moraux possibles [...]. Contrairement à une méprise trop fréquente, une théorie relativiste des valeurs n'affirme pas qu'il n'existe pas de valeurs, et en particulier pas de justice; elle implique seulement qu'il n'existe pas de valeurs absolues, mais uniquement des valeurs relatives, pas de justice absolue, mais seulement une justice relative, que les valeurs que nous fondons par nos actes créateurs de normes et que nous mettons à la base de nos jugements de valeur ne peuvent pas avoir la prétention d'exclure la possibilité même de valeurs opposées.

⁴⁸ Le but de cette réflexion n'est pas de se fonder sur une critique de la dialectique entre les libéraux et les communautariens. À ce propos, voir : André BERTEN, Pablo DA SILVEIRA et Hervé POURTOIS, *Libéraux et communautariens*, Paris, Presses universitaires françaises, 1997. Il s'agit plutôt de recourir à une lecture critique de l'héritage néo-kantien afin d'inscrire le rôle des tribunaux à l'intérieur d'une conception morale de la justice.

⁴⁹ Voir : H. KELSEN, préc., note 27, p. 96-103.

les présupposés de la démocratie, c'est-à-dire les droits et libertés fondamentaux tels qu'exprimés dans les constitutions. D'ailleurs, Kelsen le disait lui-même : le « juridique » déborde de la théorie pure du droit, alors que « la politique juridique [tend] à la formation d'un certain ordre social et [est] soucieuse de réaliser d'autres valeurs, en particulier la justice⁵⁰ ». Ce n'est pas seulement d'une objectivité du droit dont il est alors question : « il y a [...] deux côtés de l'objectivité à examiner : l'objectivité du droit et celle de la manière de philosopher. Seulement l'objectivité ne se nomme plus ici vérité, mais justice, et sa théorie philosophique consiste en une éthique juridique⁵¹ ». Parce que le tribunal se situe à l'intérieur d'un monisme étatique, son rôle, lorsqu'il est appelé à juger d'une pratique religieuse marginale, doit en appeler de cette éthique juridico-politique, et ce, afin de fonder une justice soucieuse du respect des droits et libertés fondamentaux.

Du côté des sciences politiques, le libéralisme de John Rawls se veut une tentative sérieuse afin de constituer une théorie philosophique de la justice. Cherchant à élaborer les prémisses définissant les règles acceptables par tous en vue d'une justice effective, Rawls campe d'abord sa théorie sur une structure de base en fonction de laquelle une société juste peut être construite⁵². C'est à l'intérieur de cette structure de base que se trouvent les biens sociaux primaires⁵³, tels que les droits et libertés fondamentaux. Comme l'indique Bidet : « une telle expérience n'est en effet rien d'autre que les présupposés de la déclaration, par essence publique, des droits de l'homme et du citoyen, dont les principes de justice ne sont que l'expression

⁵⁰ H. KELSEN, préc., note 23, 559.

⁵¹ O. HÖFFE, *Principes du droit. Éthique, théorie juridique et philosophie sociale*, préc., note 27, p. 33.

⁵² À propos de la notion de structure sociale de base, voir : John RAWLS, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1987, p. 33-37 (« [l']objet premier auquel s'appliquent les principes de la justice sociale est la structure de base de la société, c'est-à-dire l'organisation des institutions sociales majeures en un seul système de coopération » [p. 85]); John RAWLS, *Justice et démocratie*, Paris, Seuil, 1993, p. 37-70.

⁵³ À propos des biens sociaux primaires (dont les droits et libertés fondamentaux) – qui sont liés à la structure sociale de base –, voir : J. RAWLS, *Théorie de la justice*, préc., note 52, p. 121-125; J. RAWLS, *Justice et démocratie*, préc., note 52, p. 292 et 293 (la liste des biens sociaux primaires est donnée à la p. 88).

la plus rigoureuse⁵⁴ ». Le libéralisme de Rawls se trouve du côté des droits de la personne, à l'intérieur d'un ordre et d'institutions justes⁵⁵. C'est « l'idée d'ordre juste, qui définit en effet les conditions de compatibilité (et d'acceptabilité) universelle de tels projets⁵⁶ ». Selon la conception rawlsienne, le juste (le raisonnable) précède le bien (le rationnel)⁵⁷. Dès lors, l'application des principes de justice relève d'institutions justes et donc de tribunaux justes où les juges appliqueront les règles de la structure sociale de base aux problématiques (différends) se présentant devant eux. Dans la perspective rawlsienne, il n'y a pas *un* bien (*une* valeur en elle-même) à rendre effectif, mais seulement une visée déontologique qui cherche à faire respecter la justice telle qu'elle est exprimée dans les principes de justice de la structure sociale de base, renvoyant d'abord à une forme de justice procédurale, d'une part, mais aussi à ces biens sociaux primaires en eux-mêmes que sont les droits et libertés fondamentaux, d'autre part.

⁵⁴ Jacques BIDET, *John Rawls et la théorie de la justice*, Paris, Presses universitaires françaises, 1995, p. 54.

⁵⁵ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, préc., note 52, p. 231-434.

⁵⁶ J. BIDET, préc., note 54, p. 108. Ces projets sont ceux de communautés d'appartenance. À ce propos, Bidet ajoute (*id.*, p. 122) :

dans la dernière pensée de Rawls, le problème principal devient-il celui de la contradiction entre communautés. Le conflit des intérêts est sublimé en confrontation de projets, compris comme contradictions entre visions du monde portées par des communautés potentiellement conflictuelles. C'est ici que s'inscrit maintenant la tâche de la philosophie politique, qui est, selon Rawls, de surmonter les conflits. La prétention théorique affirmée est donc celle-là : quelles que soient leurs divergences doctrinales, il y a entre [sic.] les modernes un accord politique possible, et il est précisément celui-là : une certaine conception de l'ordre politique qu'il désigne sous le nom de "libéralisme politique".

⁵⁷ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, préc., note 52, p. 437-555 (« dans la théorie de la justice comme équité, le concept du juste est antérieur à celui du bien. [...] quelque chose n'est bon que s'il s'accorde avec des formes de vie compatibles avec les principes de la justice » [p. 438]). Bidet indique également : « le bien de la société ne peut être affirmé qu'à partir du juste, c'est-à-dire d'une définition contractuelle de l'ordre social » (J. BIDET, préc., note 54, p. 107).

À cet égard, les tribunaux, en tant que raison publique⁵⁸, sont bel et bien les garants de la justice. C'est ainsi que Rawls conçoit la place de la Cour suprême à l'intérieur de la structure sociale de base : « dans un régime constitutionnel doté d'une procédure de révision juridictionnelle (*judicial review*), la raison publique est la raison de la Cour suprême⁵⁹ ». Le tribunal devient alors l'interprète judiciaire des biens sociaux primaires et de la loi fondamentale d'un pays, c'est-à-dire de sa constitution⁶⁰. Le rôle du tribunal n'est pas seulement d'interpréter la loi. Il a le devoir de devenir l'exemple d'une institution juste à l'intérieur de l'espace démocratique, et ce, en étant un « cadre pour contrôler le pouvoir ordinaire⁶¹ ». Le rôle du tribunal va alors jusqu'à susciter la discussion politique et il peut remettre en question diverses normes qui entrent en contradiction avec la loi fondamentale. Ce que souligne Rawls à propos de la Cour suprême s'applique aussi aux autres institutions sociales : « les autres branches du gouvernement pourraient certainement, si seulement elles le voulaient, être, comme elle [la Cour suprême], des forums de principe en discutant de questions constitutionnelles⁶² ».

Du côté du droit, la théorie de Hans Kelsen permet de mieux comprendre ce qui est entendu par normativité. Elle présente une structure des normes qui pourrait s'apparenter à la structure de base de Rawls. Kelsen fonde sa théorie sur une conception néo-kantienne de la norme⁶³, où « [l]e

⁵⁸ Selon Rawls, « [l]es juges [...] doivent [...] faire appel aux valeurs politiques qui, selon eux, correspondent à l'interprétation la plus raisonnable de la conception publique et de ses valeurs politiques de la justice et de la raison publique » (John RAWLS, *Libéralisme politique*, coll. « Quadrige », Paris, Presses universitaires de France, 1995, p. 286).

⁵⁹ *Id.*, p. 280.

⁶⁰ « Une Cour suprême [...] est l'un des procédés institutionnels protégeant la loi fondamentale [et elle] correspond à cette idée de démocratie constitutionnelle » (*id.*, p. 283).

⁶¹ *Id.*, p. 280.

⁶² *Id.*, p. 290.

⁶³ Dans son refus de recourir à une métaphysique, la position kantienne est ici reflétée par la séparation entre la raison pratique et la raison pure. Cette conception néo-kantienne défendue par Kelsen pose en parallèle au monde empirique (et ce, bien qu'il ait été influencé par l'École viennoise), le monde conceptuel et nouménal. Voir : Luc VINCENTI, « Philosophie des normes chez Kant », (2008) 3-34 *Multitudes* 206; Alexandre VIALA, « Le positivisme

droit [...] exerce [...] sa fonction d'ordre sous l'égide d'une "norme fondamentale", la constitution⁶⁴ ». Cette structuration des normes se présente sous la forme d'une pyramide⁶⁵ où, effectivement, la constitution occupe la tête en tant que loi suprême⁶⁶. Cela étant, et puisque les droits et libertés fondamentaux sont enchâssés à même la constitution (comme c'est le cas au Canada), ces aspects du droit constitutionnel deviennent les lignes directrices – axiologiques – applicables par les tribunaux. La norme fondamentale – constitutionnelle – devient garante d'un ordre de justice, celui-ci émanant d'une norme rationnellement fondée sur des valeurs⁶⁷.

juridique : Kelsen et l'héritage kantien », (2011) 67-2 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 95.

⁶⁴ Helmut HOLZHEY, « Les néo-kantiens et la philosophie de l'histoire de Kant », (1996) 6 *Revue germanique internationale* 161, 172, en ligne : <<http://journals.openedition.org/rgi/592>>. À propos de la conception kelsénienne de la constitution conçue comme norme fondamentale, voir : H. KELSEN, préc., note 27, p. 63.

⁶⁵ La pyramide des normes de Kelsen, de la base au sommet, se présente comme suit : les actes administratifs (dont les actes municipaux – ce qui est le plus local en matière de droit et donc le plus attaché à l'empirique); la jurisprudence (qui se fonde sur les précédents jugés par les tribunaux); les normes réglementaires (tels que les décrets); les ordonnances (gouvernementales); les lois (issues du travail du législateur); les normes internationales (qui ont pris du galon depuis l'instauration des instances de droit international après la Seconde Guerre mondiale); et finalement les constitutions (qui se veulent les lois suprêmes des nations – ce qui est le plus général en termes d'applicabilité des normes et le moins attaché à l'empirique, bien qu'en tant que lois suprêmes, les constitutions fondent en droit les critères de jugement ultimes des faits). À propos de la pyramide des normes de Kelsen, voir : H. KELSEN, préc., note 27, p. 299-369.

⁶⁶ Le texte constitutionnel canadien spécifie : « [l]a Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit » (*Charte canadienne des droits et libertés*, préc., note 37, art. 52[1]).

⁶⁷ À cet égard, Kelsen indique que « [n]orme et valeur sont des notions corrélatives [...] tout droit fonde une valeur morale – relative. [...] [L]e droit fonde précisément une valeur par le fait qu'il est norme : il fonde la *valeur juridique* (*Rechtswert*), qui est en même temps une valeur morale – relative; ce qui revient purement et simplement à dire que le droit est norme » (H. KELSEN, préc., note 27, p. 89). Concernant toutes ces questions, voir : H. KELSEN, préc., note 27, p. 79-94.

D'ailleurs, Berger a bien démontré que la culture juridique occidentale, dont celle du Canada, est loin d'être neutre⁶⁸.

La prétention de Kelsen de séparer la morale de la proposition juridique, c'est-à-dire du travail du juriste, se situe uniquement sur le plan théorique et scientifique; c'est pourquoi il cherche à s'éloigner d'une visée politique quelconque. En ce sens, le rôle du tribunal est de juger, de rendre le jugement⁶⁹, de faire la justice, de rendre effective une conception axiologique de la justice donnée par un contexte juridique précis. Mais selon quels critères de jugement? Selon la pyramide des normes de Kelsen, et en fonction de ce qui a été mentionné, ces critères sont élaborés par un étagement des normativités où la loi constitutionnelle se trouve au sommet. C'est elle qui se veut la « loi suprême » applicable sur un territoire donné. Au Canada, les critères de jugement des tribunaux posent donc à leur tête l'irréductibilité du respect des droits de la personne. Cette structure normative pointe vers un monisme qui intègre structurellement des directions non seulement normatives⁷⁰, mais également axiologiques, c'est-à-dire déterminées par les idéaux démocratiques que sont, par exemple, la liberté et l'égalité.

Sur le plan théorique, on constate ici que la structure sociale de base de Rawls répond à la même visée néo-kantienne que la structure normative élaborée par Kelsen, une visée normative. Ainsi, Bidet dit de la théorie de la justice de Rawls qu'il s'agit d'une « théorie normative⁷¹ ». Viala dit de la théorie de Kelsen qu'il s'agit d'une « représentation du droit qui prête à la norme, à l'instar de ce que Platon imputait aux Idées, une essence et une

⁶⁸ Benjamin L. BERGER, « Law's Religion: Rendering Culture », dans Richard MOON (dir.), *Law and Religious Pluralism in Canada*, Vancouver, UBC Press, 2008, p. 264.

⁶⁹ Selon Kelsen, « [c]e que l'on appelle en droit "jugement" – jugement de justice – est aussi peu un jugement au sens qu'a ce terme en logique que la loi qu'il applique; ce "jugement" est une norme; plus précisément, il est une norme individuelle, une norme dont la validité est limitée à un cas concret, par opposition aux normes générales dénommées "lois" » (H. KELSEN, préc., note 27, p. 27).

⁷⁰ La norme objective est conçue à l'intérieur d'une structure de droit qui est elle-même relative à l'ensemble d'un système normatif.

⁷¹ J. BIDET, préc., note 54, p. 128.

identité ontologique qui ne réside, bien évidemment, que dans sa structure formelle⁷² », ajoutant que « le terme de *normativisme* sert à qualifier l'aspect ontologique de cette œuvre majeure⁷³ ». Rawls et Kelsen sont tous les deux des néo-kantiens⁷⁴, défendant la séparation entre l'empirique et le conceptuel, entre l'être et le devoir-être⁷⁵, faisant place à la fois à un positivisme et à un idéalisme. Tous les deux ont élaboré une théorie de la norme où le devoir (*Sollen*) devient la catégorie englobante⁷⁶.

Selon cette vision néo-kantienne, le droit est le devoir-être (*Sollen*), contrairement à ce qui est défendu par l'école naturaliste (française par exemple) qui insiste pour dire que le droit est ce qui est (*Sein*). L'idéalisme allemand a bien influencé la pensée de Kelsen et de Rawls. Or les choses se présentent autrement que de manière théorique pour un tribunal qui, au moment de rendre la justice, moment qui combine l'empirique et le

⁷² A. VIALA, préc., note 63, 99.

⁷³ A. VIALA, préc., note 63, 108. Viala ajoute : « le normativisme est en effet une théorie qui regarde le droit comme un système de normes hiérarchisées » (*id.*, 117).

⁷⁴ Voir : O. HÖFFE, « Dans quelle mesure la théorie de John Rawls est-elle kantienne? », préc., note 27, à la p. 54 (« la théorie rawlsienne est clairement kantienne dans la mesure où elle fonde des impératifs catégoriques, mais elle ne l'est pas aussi nettement quant à la distinction entre impératifs de droit et de vertu » [à la p. 71]); A. VIALA, préc., note 63.

⁷⁵ Selon Vincenti, « [l]a volonté, chez Kelsen, d'isoler le phénomène de l'obligation, de séparer donc l'être et le devoir-être, le *Sein* et le *Sollen*, est d'abord volonté scientifique de déterminer son objet, puis cette même volonté amène Kelsen à s'opposer au droit naturel » (L. VINCENTI, préc., note 63, 209). Dans le même ordre d'idées, Viala ajoute que Kelsen recherche « [l]a connaissance formelle de l'identité du droit, ce que le droit doit être, c'est-à-dire son devoir-être, sa forme ontologique par rapport aux sociétés humaines. Il s'agit d'un "idéalisme ontologique" » (A. VIALA, préc., note 63, 100). Pour plus de détails, voir : F. BRUNET, préc., note 45.

⁷⁶ Bidet indique, citant Rawls, que « [l]a catégorie de devoir est donc la catégorie englobante : "nous avons un devoir naturel de supprimer toutes les injustices, en commençant par les plus criantes", et de "réaliser si nous le pouvons" la société juste que figure la théorie idéale » (J. BIDE, préc., note 54, p. 98). C'est aussi la préoccupation de Kelsen lorsqu'il prétend séparer l'être du devoir-être et qu'il fonde sa théorie scientifique du droit sur une universalisation de la structure normative du devoir-être.

conceptuel en vue de fonder une norme en droit (une jurisprudence), selon des critères de jugement, rend une décision en fonction de cette normativité. La séparation entre l'empirique et le conceptuel ne se rencontre pas au niveau des tribunaux qui jugent des faits en fonction d'un ordre juridique déterminé, donc fondant en droit un système axiologique qui renvoie à une justice déterminée par ce système. Pour les tribunaux de faits (dont il sera question ci-dessous dans les causes impliquant les amish ontariens), le rapport entre l'empirique et le conceptuel se présente directement en fonction des différends qui appellent le jugement et l'effectivité de la justice. Les tribunaux incarnent la signification non seulement du juridique, mais du raisonnable du juridique, c'est-à-dire de ces critères de jugement qui fondent constitutionnellement la démocratie en tant que voie d'expression du pluralisme exprimé par les diverses visions du bien qui se côtoient sur un même territoire. L'accord sur les principes de justice fonde en droit les biens sociaux primaires, qui peuvent être classés selon leur importance au moment où un différend émerge entre plusieurs notions juridiques, lesquelles notions se manifestent par les faits observables empiriquement. L'herméneutique développée alors par le tribunal consiste à rendre interprétables les faits en fonction de l'appareil juridique qui énonce ces principes de justice dans un espace démocratique donné. Si l'appareil théorique du droit demeure évidemment hors de la portée des sens, les manifestations que cet appareil est appelé à juger sont bien visibles et elles soulèvent des injustices, sans quoi l'appel à la justice demeurerait insignifiant. C'est ainsi que le rôle d'un tribunal signifie quelque chose dans sa capacité à rendre effective la justice en fonction d'une structure normative qui fonde *de jure* une anthropologie des normes partagées par un groupe d'humains cohabitant sur un même territoire. La structure normative devient une forme de direction axiologique qui prescrit au juge la façon de juger les faits. Elle s'inscrit dans un monisme étatique et structure l'espace social caractérisé par un pluralisme normatif. À la conjonction de l'idéal juridique et de l'empirie sociale, c'est elle, la norme, qui devient le critère de jugement pour le juge qui se saisit d'une affaire. Suivant le « principe

des droits de l'Homme », selon la terminologie de Höffe⁷⁷, ce n'est pas uniquement la forme du droit qui est objective, comme le veut la théorie de Kelsen, mais aussi son contenu qui en appelle d'une axiologie fondant une justice démocratique, comme le veut la théorie de Rawls.

II. Être amish : appartenance religieuse et normativité

L'espace pluraliste de la démocratie canadienne, en tant qu'espace social et idéologique, suppose que plusieurs régimes normatifs soient en mesure de se côtoyer sur le même territoire. D'emblée, l'étagement structurel de la vie démocratique canadienne, avec des paliers juridiques définis par des compétences fédérales, provinciales et municipales, renvoie à une certaine forme de pluralisme normatif. Cependant, l'appartenance à un groupe religieux surimpose à ce cadre normatif⁷⁸ d'autres régulations auxquelles les membres du groupe doivent se soumettre afin de respecter leur engagement envers leur communauté⁷⁹. Pour ceux et celles qui appartiennent à un groupe religieux⁸⁰, il s'agit bel et bien d'un devoir duquel découle un rapport au licite et à l'illicite, au prescrit et au proscrire. Par exemple, certains juifs répondent aux multiples commandements de leur religion et certains musulmans respectent le *halal* et le *haram* dans leur vie quotidienne.

Être amish signifie la même chose, c'est-à-dire le respect d'une série de règles normatives qui définit le prescrit et le proscrire⁸¹. Cette série de

⁷⁷ O. HÖFFE, *Principes du droit. Éthique, théorie juridique et philosophie sociale*, préc., note 27, p. 97-104.

⁷⁸ Comme en témoigne A. J. ESAU, préc., note 14, à la p. 110.

⁷⁹ Il s'agit bel et bien d'une éthique de l'engagement. À ce propos, voir : Damien LE GUAY, « Pour une éthique de l'engagement », (2009) 3-12 *Inflexions* 143.

⁸⁰ S'agissant d'une appartenance volontaire, un élément central de la culture juridique contemporaine. À ce propos, voir : B. BERGER, préc., note 68, à la p. 264.

⁸¹ Historiquement, cette normativité renvoie à deux confessions de foi fondamentales pour les amish et les mennonites (ayant été adoptées respectivement en 1527 et en 1632) : la Confession de Schleithem (à ce propos, voir notamment : John H. YODER, *The Legacy of Michael Sattler*, Scottdale, Herald Press, 1973, p. 27-43; Leland HARDER, « Zwingli's Reaction to the Schleithem Confession of Faith of the Anabaptists », (1980) 11-3 *The Sixteenth*

règles normatives est dictée par la congrégation d'appartenance. La structure sociale des amish est décentralisée, elle n'inclut pas d'autorité religieuse chapeautant l'ensemble de leurs congrégations. De plus, ils n'entretiennent pas d'églises et conduisent leurs services religieux directement chez les membres de la congrégation. L'appartenance religieuse se déploie donc à l'intérieur d'un territoire géographiquement donné, qui vient tracer les frontières de la congrégation, ce territoire se voulant en lui-même le déterminant de ce qui est appelé « église » pour le membre d'une communauté amish⁸². Trois concepts fondamentaux, exprimés par des termes allemands, définissent la normativité religieuse amish : l'*Ordnung*, la *Gemeinschaft* et le *Gelassenheit*.

A) Ordnung

L'*Ordnung* renvoie directement à cette série de normes religieuses qui encadre l'existence amish de la naissance à la mort : ce sont les règles qui imposent un ordre normatif à l'individu membre d'une communauté amish. Kraybill définit l'*Ordnung* de la façon suivante :

German-speaking groups referred to the rules and regulations (behavioral expectations) of the local church body as *Ordnung*, a German word meaning “regulations”, often translated as “discipline” in English. [...] The *Ordnung* of church bodies evolves slowly to address the changing social issues facing the church, especially those for which there is no clear-cut biblical

Century Journal 51; James M. STAYER, « Schleithem Confession », *Global Anabaptist Mennonite Encyclopedia Online*, août 2022, en ligne : <https://gameo.org/index.php?title=Schleithem_Confession>) et la Confession de Dordrecht (à ce propos, voir : Benjamin EBY, *Origin and Doctrine of the Mennonite*, Ontario, Markham-Waterloo Mennonite Conference, 1999, p. 106-134; GLOBAL ANABAPTIST MENNONITE ENCYCLOPEDIA ONLINE, « Dordrecht Confession of Faith (Mennonite, 1632) », *Global Anabaptist Mennonite Encyclopedia Online*, 16 janvier 2017, en ligne : <[https://gameo.org/index.php?title=Dordrecht_Confession_of_Faith_\(Mennonite,_1632\)](https://gameo.org/index.php?title=Dordrecht_Confession_of_Faith_(Mennonite,_1632))>).

⁸²

À ce propos, Kraybill indique : « [f]amilies who live near each other form a local congregation called the church district. Each district has exact boundaries: creeks, roads, or township lines. About twenty to thirty-five families live in a typical district. If a family want to join a different district, they must move to it » (D. B. KRAYBILL, préc., note 1, p. 16).

teaching. Expectations that are addressed in the Scripture, such as honesty and marital fidelity, do not require *Ordnung*⁸³.

Pour les amish, ces normes ont une valeur juridique à l'instar des normes établies par le *Code de droit canonique* catholique⁸⁴. Elles posent le rapport direct au prescrit et au proscrit pour les membres d'une congrégation donnée⁸⁵ : « [t]he Ordnung defines expectations and taboos for conduct ranging from personal dress to the use of technology⁸⁶ ». Ces règles, qui sont donc légèrement variables d'une congrégation à l'autre⁸⁷, dictent les comportements acceptables ou non à l'individu membre d'une communauté amish⁸⁸. Comme le spécifie Kraybill : « [t]he Ordnung is a set of

⁸³ Donald B. KRAYBILL, *Concise Encyclopedia: Amish, Brethren, Hutterites, and Mennonites*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2010, « Ordnung », p. 161. Selon Hostetler,

[p]erhaps most rules are taken for granted and it is usually those questionable or borderline issues which are specified in the *Ordnung*. These rules are repeated at the *Ordnungsgemeel* just preceding communion Sunday. They must have been unanimously endorsed by the ordained body. At the members' meeting following the regular service they are presented orally, after which members are asked to give assent

(J. A. HOSTETLER, *Amish Society*, préc., note 1, p. 58).

⁸⁴ SOCIÉTÉ INTERNATIONALE DE DROIT CANONIQUE ET DE LÉGISLATIONS RELIGIEUSES COMPARÉES, *Code de droit canonique*, Paris, Centurion, 1984.

⁸⁵ Toutefois, « [t]he purpose of the *Ordnung* is not only to provide a list of individually acceptable or proscribed ethical behaviors but to structure a whole way of life, lived according to God's will, as expressed in the gospels. The *Ordnung* reflects God's order as opposed to the order of the world » (Sandra CRONK, « Ordnung (Order) », *Global Anabaptist Mennonite Encyclopedia Online*, 1989, en ligne : <[https://gameo.org/index.php?title=Ordnung_\(Order\)&oldid=143426](https://gameo.org/index.php?title=Ordnung_(Order)&oldid=143426)>). L'objectif de cette normativité religieuse, qui s'ancre dans la vie de la communauté, est donc de créer cette séparation du monde dont il a été question en introduction. À ce propos, voir : Walter KLAASSEN, « The Anabaptist Understanding of the Separation of the Church », (1977) 46-4 *Church History* 421.

⁸⁶ D. B. KRAYBILL, préc., note 1, p. 13.

⁸⁷ Comme l'indique Hostetler : « [t]here are variations in what is allowed from one community to another in the United States and Canada » (J. A. HOSTETLER, *Amish Society*, préc., note 1, p. 61).

⁸⁸ Elles constituent un corps de discipline adopté par l'individu. À ce propos, voir : Harold S. BENDER et Marlin JESCHKE, « Discipline, Church », *Global*

expectations for daily living. Usually unwritten, the rules are passed on by practice and oral tradition⁸⁹ ». Hostetler illustre parfaitement ce qu'est l'*Ordnung* dans une congrégation amish. La série de normes concerne l'habillement (pour les hommes et les femmes) et l'apparence (comme le port de la barbe sans moustache pour les hommes), l'utilisation de technologies (comme l'électricité ou les véhicules à moteur), les matériaux et les décorations utilisés dans les habitations, le type d'occupation devant être valorisé (l'agriculture et le mode de vie rural), les amusements proscrits (radio, télévision, instruments de musique, fréquentation de lieux publics, etc.), le respect du sabbat le dimanche et autres interdits (tels que la prise de photographie, les prêts usuraires, les assurances, l'appartenance à un syndicat ou à une autre association et les bénéfices sociaux gouvernementaux)⁹⁰.

Entre dans l'*Ordnung* amish la proscription de conduire des véhicules à moteur, s'ensuivant l'obligation d'utiliser les chevaux comme moyen de transport et de travail⁹¹. Pour les amish, ce mode de transport

Anabaptist Mennonite Encyclopedia Online, 1990, en ligne : https://gameo.org/index.php?title=Discipline,_Church&oldid=162922.

⁸⁹ D. B. KRAYBILL, note 1, p. 13. Hostetler ajoute : « [t]he rules of the Amish church cover the whole range of human experience » (J. A. HOSTETLER, *Amish Society*, préc., note 1, p. 61).

⁹⁰ J. A. HOSTETLER, *Amish Society*, préc., note 1, p. 58-61.

⁹¹ La littérature à propos du transport équin chez les amish et les mennonites est relativement abondante, surtout du côté américain. Elle concerne plusieurs axes dont les principaux sont l'adaptation des législations étatiques, la sécurité et la conservation et les transformations d'un marqueur identitaire qui, manifestement, entre en conflit direct avec les modes de transport contemporains. Il s'agit, d'une façon très générale, de considérer ce moyen de transport comme un marqueur identitaire objectif, c'est-à-dire un symbole religieux, qui intervient directement dans la structuration subjective de l'identité religieuse des membres de ces groupes religieux minoritaires. Comme l'indique Zook : « [h]orse-drawn carriages symbolize the essence of Amish identity and mark Amish separation from the larger world. Public highways provide an obvious intersection for Amish and non-Amish cultures. The use of slow-moving vehicles [...] pulled by horses on public highways, alongside modern vehicles, articulates the clash between modern and traditional ways » (Lee J. ZOOK, « Slow-moving Vehicles », dans Donald B. KRAYBILL (dir.), *The Amish and the State*, 2^e éd., Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2003, p. 144, à la p. 145). À propos de l'utilisation de ce moyen de transport considéré comme marqueur identitaire,

s'inscrit donc à même l'*Ordnung* de leurs communautés. Il s'agit d'une prescription normative de nature religieuse qui vient définir leur mode de vie. De plus, l'*Ordnung* amish interdit également d'arborer des couleurs éclatantes, comme le rouge et l'orangé, qui sont précisément les couleurs identifiant les véhicules lents, d'où les diverses tensions émergeant entre le groupe religieux et la sphère publique en ce qui concerne la visibilité des calèches amish sur la voie publique⁹². Le moyen de transport en lui-même devient, pour les membres du Old Order (amish et mennonites), une façon d'assurer non seulement leurs déplacements⁹³, mais d'asseoir pragmati-

voir : Donald B. KRAYBILL et James P. HURD, *Horse-and-Buggy Mennonites. Hoofbeats of Humility in a Postmodern World*, University Park, Pennsylvania State University Press, 2006; Stephen SCOTT, *Plain Buggies: Amish, Mennonite and Brethren Horse-Drawn Transportation*, Intercourse, Good Books, 1998.

⁹² Des causes à cet effet ont été entendues par les tribunaux dans plusieurs États américains (Kentucky, Ohio, Michigan, Minnesota, New York). En Ontario, le *Code de la route* a été adapté pour répondre aux demandes des amish. En effet, on y trouve des références aux croyances religieuses des personnes qui refusent d'afficher le panneau de véhicule lent usuel. Voir : *Code de la route*, L.R.O. 1990, c. H-8, s. 76; *Panneau de véhicule lent*, R.R.O. 1990, Règl. 616. Zook a répertorié l'historique des législations étatiques américaines et des jugements à ce sujet : L. J. ZOOK, préc., note 91. Dans le cadre du *Religion and Diversity Project*, dirigé par Lori Beaman, et à la suite d'un travail ethnographique effectué dans le sud de l'Ontario, Legault-Laberge a aussi produit un article sur cette question : Raphaël Mathieu LEGAULT-LABERGE, « Des calèches et des hommes. La question du transport pour le Old Order dans le sud-ontarien », *Religion and Diversity Project, Revue électronique Réguler le religieux*, 2015, en ligne : <http://religionanddiversity.ca/media/uploads/raphael_legault_laberge_web_final.pdf>. Robert A. Murdie a également produit une étude sur les habitudes de transport du Old Order en Ontario, en comparaison avec la population se déplaçant en voiture : Robert A. MURDIE, « Cultural Differences in Consumer Travel », (1965) 41-3 *Economic Geography* 211.

⁹³ Pragmatiquement parlant, des enjeux de sécurité reviennent souvent dans la littérature scientifique consacrée aux enjeux du transport équin chez les amish et dans le Old Order. Cory Anderson a produit une série d'études sur les accidents survenant entre les calèches amish et mennonites et les véhicules à moteur : Cory ANDERSON, « Horse and Buggy Crash Study I-II-III », (2014) 2-1 *Journal of Amish and Plain Anabaptist Studies* 79. La nature des blessures subies dans ce type d'accident a été étudiée par : Mary AALAND et Thein HLAING, « Amish Buggy Injuries in the 21st Century: A Retrospective Review from a Rural Level II Trauma Center », (2004) 70-3 *The American Surgeon* 228. La question de la sécurité est aussi soulevée par Abdullah ALMUTAIRI, « Buggy

quement leur identité religieuse sur cet élément qui marque leur distinction et leur séparation d'avec la société ambiante.

B) Gemeinschaft

Les membres du groupe religieux consentent volontairement à se soumettre à l'*Ordnung* au moment de leur baptême⁹⁴, qui a habituellement lieu, chez les amish, vers la fin de l'adolescence⁹⁵. Par le baptême, l'individu appartenant à une congrégation amish choisit volontairement de devenir membre de la communauté religieuse. La normativité religieuse pour les amish n'est effective qu'à l'intérieur de cette communauté⁹⁶, cette *Gemeinschaft*. Ce terme allemand, habituellement traduit par « communauté », renvoie à une vision organique des rapports sociaux⁹⁷. C'est à

Safety in Amish Community », (2016) 5-2 *International Journal of Scientific and Technology Research* 208.

⁹⁴ Ainsi, « [m]embers agree to obey the Ordnung at baptism » (D. B. KRAYBILL, préc., note 1, p. 15).

⁹⁵ En ce qui concerne le baptême chez les huttériens, voir : Raphaël Mathieu LEGAULT-LABERGE, « Une lecture durkheimienne de la conversion et du baptême dans les colonies huttériennes », (2013) 21-2 *Théologiques* 79.

⁹⁶ « Automobile-rejecting amish and mennonites also emphasize the importance of a community grounded in daily social interaction within a local neighborhood, maintained by walking, horse-and-buggy travel, and small congregations with explicit geographical boundaries » (D. B. KRAYBILL, préc., note 83, « Community », p. 53).

⁹⁷ Pour une lecture sociologique du concept, voir : Ferdinand TÖNNIES, *Community and Society (Gemeinschaft und Gesellschaft)*, trad. par Charles P. LOOMIS, East Lansing, Michigan State University Press, 1957. Tönnies distinguait plusieurs types de *Gemeinschaft* :

[t]he Gemeinschaft by blood, denoting unity of being, is developed and differentiated into Gemeinschaft of locality, which is based on a common habitat. A further differentiation leads to the Gemeinschaft of mind, which implies only co-operation and co-ordinated action for a common goal. Gemeinschaft of locality may be conceived as a community of physical life, just as Gemeinschaft of mind expresses the community of mental life. In conjunction with the others, this last type of Gemeinschaft represents the truly human and supreme form of community. Kinship Gemeinschaft signifies a common relation to, and share in, human beings themselves, while in Gemeinschaft of locality such a common relation is established through collective ownership of land; and, in Gemeinschaft

l'intérieur de la *Gemeinschaft* que se déploie l'*Ordnung*, l'un ne pouvant aller sans l'autre pour les congrégations amish⁹⁸. Comme le souligne Wiebe :

Gemeinde is a complex German word meaning: community, congregation, municipality, even parishioners. It is occasionally found in English texts, often in social sciences where it has the meaning of a community which holds a profound degree of social cohesion and political or spiritual views, visions or purposes in common. [...] The term has the sense of a theological congregation or community with most beliefs, daily living and personal ties being shared, held in common, and in communal practice. [...] For these reasons many Mennonite denominations have used the term *Gemeinde* in the German language name rather than the parallel word *Kirche*, for meaning "Church"⁹⁹.

C'est d'une communauté de foi, fondée en esprit d'abord, dont il s'agit alors, unie par l'*Ordnung* accepté volontairement par chacun des membres : « [s]uch concepts as church, congregation, fellowship, *Gemeinde*, *Gemeinschaft*, colony of heaven, all allude to dimensions of the ideological community¹⁰⁰ ». D'ailleurs, Kraybill mentionne que le terme

of mind, the common bond is represented by sacred places and worshiped deities

(*id.*, p. 42).

⁹⁸ D'où le terme *Gemeindeordnungen*. Voir : Karl KOOP, « Congregational Orders and Church Disciplines (Gemeindeordnungen) », *Global Anabaptist Mennonite Encyclopedia Online*, mai 2011, en ligne : <[https://gameo.org/index.php?title=Congregational_Orders_and_Church_Disciplines_\(Gemeindeordnungen\)&oldid=144051](https://gameo.org/index.php?title=Congregational_Orders_and_Church_Disciplines_(Gemeindeordnungen)&oldid=144051)>.

⁹⁹ Victor G. WIEBE, « Gemeinde (word) », *Global Anabaptist Mennonite Encyclopedia Online*, 1^{er} novembre 2018, en ligne : <[https://gameo.org/index.php?title=Gemeinde_\(word\)&oldid=162315](https://gameo.org/index.php?title=Gemeinde_(word)&oldid=162315)>.

¹⁰⁰ J. WINFIELD FRETZ et Calvin W. REDEKOP, « Community », *Global Anabaptist Mennonite Encyclopedia Online*, 1989, en ligne : <<https://gameo.org/index.php?title=Community&oldid=162931>> :

Anabaptism-Mennonitism has been identified as congregational, as insisting that the reality of the Christian faith is structured and expressed in the local congregation. Here the emphasis is on polity, or how faith is ordered. The local body of believers as the gathered community defines how the term community is used. This dimension comes close to the

« communauté » renvoie, pour les anabaptistes, à des significations qui recourent des aspects normatifs et spirituels de l'existence : « Anabaptist theology assumes that Christian faith is practiced in the context of community. [...] The word "community" carries religious meanings, not merely social ones¹⁰¹ ».

C'est à l'intérieur de cette conception de la *Gemeinschaft* que les amish favorisent la cohabitation intergénérationnelle. Il s'agit ici d'une question qui ne relève pas forcément de l'*Ordnung* amish, bien que leur mode de vie holiste fasse en sorte qu'il soit impossible de détacher complètement la cohabitation intergénérationnelle prônée et adoptée par les familles amish et la normativité religieuse qui sous-tend ce mode de vie. Cela concernerait davantage des considérations d'ordre axiologique plutôt que normatif. Mais ces considérations, qui s'inscrivent à l'intérieur de la *weltanschauung* amish, peuvent difficilement être obliérées au moment où ce mode de vie doit trouver un terrain d'application concret, c'est-à-dire une façon de s'inscrire dans les espaces institutionnels et légaux qui balisent les cadres du droit municipal, notamment en ce qui concerne les règlements de zonage qui viennent déterminer dans quelle mesure une résidence secondaire peut être construite sur un terrain agricole.

Heisey a bien montré comment les mennonites fondent leur religiosité autour de la vie de famille¹⁰². Ce qu'elle a avancé se transpose et s'approfondit même en ce qui concerne les amish¹⁰³, pour qui il n'est pas rare de voir des familles cohabiter en intégrant plusieurs générations dans le même espace de vie¹⁰⁴. Souvent, ils vont construire une résidence

sociological definition of community, because of its identifiable and spatial references, but it goes beyond either the ecological or social-system definition of community. But it is possible to talk about the Mennonite community when the reference is the congregation in its observable social and religious aspects.

¹⁰¹ D. B. KRAYBILL, préc., note 83, « Community », p. 53.

¹⁰² Mary J. HEISEY, « "Mennonite Religion Was a Family Religion": A Historiography », (2005) 23 *Journal of Mennonite Studies* 9.

¹⁰³ L. MILLER, préc., note 1, p. 36 mentionne : « [o]ur people cherish the family ».

¹⁰⁴ Cet état de fait s'inscrit dans le mode de vie des anabaptistes conservateurs, tels que les amish et les huttériens, qui prennent soin de leurs aînés. Ainsi, « [i]n traditional groups such as the Amish and the Hutterites, older persons are

secondaire sur le terrain d'une résidence principale afin d'y héberger les membres vieillissants de leur famille¹⁰⁵, ce qui assure évidemment un soutien étroit de la communauté envers les aînés tout en permettant aussi à ces derniers de s'impliquer dans la vie de la famille, notamment en ayant soin de leurs petits-enfants. À ce propos, Hostetler indique : « [g]randfather is respected as a patriarch [...]. To retire he simply moves into the *grossdawdy* (grandfather) house, and the younger generation takes over¹⁰⁶ ». Il spécifie ceci :

The Amish farm typically contains two dwellings, one of which is the *Grossdaadi Haus* that houses the grandparents. At retirement the older couple moves into this house and a married son or daughter falls heir to the farm responsibility. The grandparents may retain some type of control of the farm until the couple demonstrates its ability to manage the farm. The grandparents have not only a separate household unit, but a horse and buggy of their own. Instead of dual houses, many farm dwellings are large enough to accommodate two separate household operations¹⁰⁷.

granted special respect and authority. They are typically cared for in the homes of their children or other relatives rather than in retirement communities » (D. B. KRAYBILL, préc., note 83, « Elderly », p. 74). La même chose est soulignée dans D. B. KRAYBILL, préc., note 83, « Family », p. 86 et « Retirement Communities », p. 178.

¹⁰⁵ Ce qui fait dire à Hostetler : « [t]he Amish family is a strong social unit, notable for its stability and the contentment of its members » (J. A. HOSTETLER, *The Amish*, préc., note 1, p. 12).

¹⁰⁶ J. A. HOSTETLER, *The Amish*, préc., note 1, p. 12. Kraybill souligne la même chose : « [t]he elderly normally live in an apartment in a home of one of their children or in a *Grossdawdy Haus*, a small adjacent house » (D. B. KRAYBILL, préc., note 1, p. 27). Shelly et Smith indiquent également : « the Old Order Amish and Old Order Mennonites who follow a time-honored and, for them, a very successful program, for retiring parents and grandparents[,] who live in an independent unit or a house called the “grossdoddy house” next to an adult child or children who can help meet nearly every need » (Andrew R. SHELLY et Tilman R. SMITH, « Homes, Retirement and Nursing », *Global Anabaptist Mennonite Encyclopedia Online*, 1989, en ligne : <https://gameo.org/index.php?title=Homes,_Retirement_and_Nursing>).

¹⁰⁷ J. A. HOSTETLER, *Amish Society*, préc., note 1, p. 163.

C) Gelassenheit

Le dernier élément qui rend effective cette conception de la normativité à l'intérieur des communautés amish est le *Gelassenheit*¹⁰⁸. Il s'agit d'une « patience eschatologique¹⁰⁹ » qui renvoie à deux aspects interreliés, l'un spirituel et l'autre temporel : la soumission individuelle à la volonté divine, d'une part, et la soumission à la volonté de la communauté, d'autre part. Plus spécifiquement, le *Gelassenheit* fait référence à ces éléments : « self-surrender, resignation in God's will (*Gottergebenheit*), yieldedness to God's will, self-abandonment, the (passive) opening to God's willing, including the readiness to suffer for the sake of God, also peace and calmness of mind¹¹⁰ ». Kraybill ajoute :

Gelassenheit meant a literal abandonment of one's body into the hands of God. Over the centuries the mystical meanings have been translated into cultural forms of plain and simple living in many traditional Anabaptists communities. [...] *Gelassenheit* is a deep and broad disposition that undergirds the entire worldview of Amish, Old Order Mennonite, Old Colony Mennonite, and Hutterite groups. It stands in sharp contrast to the individualism of American culture, which nurtures an assertive self that demands individual freedom and choice. Those who embody the virtues of *Gelassenheit* surrender themselves to God, yield to the authority of the church, and defer to those in authority over them. [...] *Gelassenheit* is a crucial bridge between the individual and the church community. Members who embody this virtue are willing to deny self-interest for the welfare of the community¹¹¹.

¹⁰⁸ Le concept a été développé dans la littérature philosophique du XX^e siècle par Heidegger. Voir : Martin HEIDEGGER, *Discourse on Thinking*, trad. par John M. ANDERSON et E. Hans FREUND, New York, Harper & Row, 1959.

¹⁰⁹ A. Orley SWARTZENTRUBER, « The Piety and Theology of the Anabaptist Martyrs in van Braght's "*Martyrs' Mirror*" », (1954) 28 *Mennonite Quarterly Review* 5 et 128.

¹¹⁰ Robert FRIEDMANN, « *Gelassenheit* », *Global Anabaptist Mennonite Encyclopedia Online*, 1955, en ligne : <<https://gameo.org/index.php?title=Gelassenheit&oldid=162946>>.

¹¹¹ D. B. KRAYBILL, préc., note 83, « *Gelassenheit* », p. 93.

Historiquement, Denck a popularisé l'idée du *Gelassenheit* chez les anabaptistes du XVI^e siècle¹¹². Cette idée se trouve également, par exemple, dans la lettre que Michael Sattler a écrite, en 1527, à la congrégation de Horb alors qu'il était emprisonné, affirmant qu'il se soumettrait à la volonté divine¹¹³. Le *Miroir des martyrs* est rempli d'allusions à cette « patience eschatologique » qui va, pour les anabaptistes, jusqu'à accepter de mourir pour leurs croyances religieuses¹¹⁴. Le *Gelassenheit* a été plus directement mis en application chez les huttériens (qui pratiquent une communauté de biens), mais cette attitude fondamentale¹¹⁵ s'observe également chez les amish, qui exigent de l'individu la soumission à la volonté de la communauté et à sa normativité religieuse.

III. Décisions des tribunaux

En elle-même, la normativité amish fondée sur l'*Ordnung*, la *Gemeinschaft* et le *Gelassenheit* ne pose pas de problème, pas plus que les valeurs qui s'y rattachent. C'est lorsque cette normativité, qui prescrit certaines pratiques socioreligieuses, entre en contradiction avec d'autres règles de la vie sociale que se présentent les défis liés à la reconnaissance de ces pratiques. Des enjeux liés à la tolérance et à une forme de justice sociale sont alors également soulevés, non seulement pour le groupe religieux en question, mais pour l'ensemble du système démocratique qui cherche à répondre aux idéaux qu'il se fixe lui-même en matière de respect des différences socioreligieuses et de mise en œuvre du « pluralisme radical ». Ce sont ces types d'enjeux qui ont été soulevés dans les deux causes abordées ci-dessous¹¹⁶.

¹¹² R. FRIEDMANN, préc., note 110.

¹¹³ Voir : J. H. YODER, préc., note 81, p. 55-65.

¹¹⁴ Thieleman J. VAN BRAGHT, *Martyrs Mirror*, 2^e éd., Scottdale, Herald Press, 2011. Le *Miroir des martyrs* est, après la Bible, le livre religieux le plus important pour les mennonites et les amish.

¹¹⁵ C'est la base d'une théologie de la rédemption pour les anabaptistes. Voir : J. Denny WEAVER, *Keeping Salvation Ethical. Mennonite and Amish Atonement Theology in the Late Nineteenth Century*, Scottdale, Herald Press, 1997.

¹¹⁶ Ces deux causes ont été sélectionnées parce que ce sont les seules en la matière (reconnaissance des traits socioreligieux des amish en lien avec le droit municipal) qui ont eu cours en Ontario entre 1995 et 2005.

A) *Mornington (Township) v. Kuepfer*

Le premier cas pris en compte concerne l'utilisation des chevaux comme moyen de transport. Dans *Mornington (Township) v. Kuepfer*¹¹⁷, le juge s'est penché sur la mise en balance d'un règlement municipal interdisant de garder un cheval dans la municipalité de Mornington en fonction du droit constitutionnel, nommément l'article 2 paragraphe a et l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. D'emblée, on remarque le caractère local de l'affaire, qui s'oppose aux provisions constitutionnelles générales, c'est-à-dire à un aspect global du droit canadien. Il semble donc qu'il faille ici réinscrire la réflexion relative à cette cause à l'intérieur de la structure de base de Rawls, en lien avec les biens sociaux primaires de la démocratie canadienne, et de la pyramide des normes de Kelsen.

Les faits allégués contre les accusés sont simples : ils ont commis l'offense de garder un cheval sur leur propriété contrairement audit règlement municipal. Ces faits sont vérifiés et aucun des accusés ne nie avoir un cheval sur leur propriété aux fins de transport, tel que leur prescrit leur appartenance religieuse à la communauté amish. Cet élément renvoie au pluralisme normatif et à l'*Ordnung* amish dont il a été question ci-dessus. En janvier 1995, des accusations sont portées contre Murray Kuepfer et Allan J. Kuepfer (le 11 janvier) et contre Carl et Anita Wagler (le 18 janvier), tous résidents de la municipalité de Mornington. Ces accusations sont portées en fonction du règlement de zonage 22-1982 Section 2.5.1 de la municipalité. Le paragraphe 8 du jugement rappelle la nature de ce règlement municipal :

Except as otherwise specifically permitted in this By-Law, the following uses are prohibited in any Zone: [...] keeping or raising of bees, poultry, or any bull, ox, cow, horse, pony, sheep, goat, swine, or other cattle, or any reptile, or any wild animal including

¹¹⁷ *Mornington (Township) v. Kuepfer*, préc., note 17. À propos de ce jugement, voir : Janet EPP BUCKINGHAM, « Invited but not welcomed. Where is the promised accommodation of separatist religious communities in Canada? », (2015) 8-1-2 *International Journal for Religious Freedom* 25, 27 et 28.

any tamed or domesticated wild animal on any lot or in any building or structure in a Residential zone¹¹⁸.

Le paragraphe 9 du jugement souligne d'ailleurs l'ambiguïté des restrictions apportées par le règlement municipal : un certain flou subsiste en ce qui concerne son application, à savoir si le règlement est effectif dans toutes les zones de la municipalité ou seulement dans les zones résidentielles. Le juge Trachy remarque que des clauses similaires au règlement de zonage 22-1982 section 2.5.1 étaient inscrites dans le règlement municipal depuis 1972. Il semble toutefois que, si l'usage d'un bâtiment à des fins particulières avait été continu depuis l'entrée en vigueur du règlement en 1972, un droit était conservé en ce qui a trait à l'usage de ce bâtiment. Par exemple, si un bâtiment avait servi à garder des animaux avant l'entrée en vigueur du règlement en 1972, la propriété pouvait continuer d'utiliser ce bâtiment à la même fin qu'avant l'entrée en vigueur du règlement.

Cet élément de continuité de l'usage d'un bâtiment est longuement considéré par le juge Trachy, tant pour la propriété des Wagler que pour celle des Kuepfer. En ce qui concerne la propriété de Carl et Anita Wagler, le juge trouve que, depuis 1973, la pratique de garder un cheval a été régulière, quoique non continue depuis la mort du propriétaire précédent. Le bâtiment où les chevaux étaient gardés n'avait donc jamais formellement servi un autre objectif que celui de garder un ou des chevaux à l'intention de fournir un transport. Pour ce qui est de la propriété de Murray et Allan J. Kuepfer, cette même constatation n'est toutefois pas possible. Les propriétaires et locataires précédents n'avaient pas toujours utilisé le bâtiment à des fins agricoles et des animaux n'y avaient pas toujours été gardés. Un usage non conforme du bâtiment durant quelques années faisait en sorte que celui-ci perdait la finalité pour laquelle il aurait été construit. La norme municipale est très bien analysée par le juge, elle n'est pas mise de côté et considérée comme secondaire. Au contraire, elle entre pleinement dans la balance décisionnelle du tribunal, qui situe sa portée à sa juste mesure selon le contexte de la cause.

¹¹⁸*Mornington (Township) v. Kuepfer*, préc., note 17, par. 8.

Or, le juge Trachy dépasse rapidement ce premier niveau d'interprétation et passe à des considérations constitutionnelles. En faisant référence à *Big M Drug Mart*¹¹⁹, il adopte une approche libérale des droits et libertés fondamentaux, en indiquant qu'il est nécessaire de considérer le droit dans son environnement humain et en fonction de considérations langagières, philosophiques et historiques¹²⁰. Cela le conduit directement à resituer l'importance de la place des amish dans le sud ontarien. Cette importance n'est pas que démographique, elle est aussi historique, culturelle et économique. Les membres des communautés amish et du Old Order Mennonite ont formé une partie du tissu social du sud de l'Ontario depuis plusieurs siècles et ils contribuent à la vie économique des régions où ils sont établis. La légitimité de la présence de ces communautés religieuses sur le territoire ontarien exige la reconnaissance de leurs traits socioreligieux et corrélativement un respect de leurs systèmes normatifs. Cela amène aussi les tribunaux, avec leurs jugements, à légitimer cet ordre normatif de nature religieuse. Fait intéressant à souligner, le quart de la population de la municipalité de Mornington appartiendrait à la communauté du Old Order (amish ou mennonite), pour un total d'environ 1 200 individus revendiquant cette appartenance religieuse. Cela démontre bien l'importance de la culture amish dans cette municipalité.

Les paragraphes 42 à 49 du jugement retracent d'ailleurs l'historique de la présence amish et mennonite dans la province et citent divers experts tels Gingerich et Kraybill. Le juge considère également dans son argumentaire le témoignage d'un ministre amish de la congrégation de Mornington et Wellesley. Il en ressort que, pour les amish, le cheval constitue *de facto* un bien symbolique indétachable de leur identité religieuse. Le respect du bien fondamental qu'est la liberté de religion appelle à la reconnaissance de cette spécificité socioreligieuse. Il y a ici une tendance implicite à rendre subjective la définition donnée à la religion devant les tribunaux¹²¹. D'ailleurs, le juge Trachy souligne, en se référant à

¹¹⁹ *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

¹²⁰ C'est en ce sens que l'on peut dire que le droit est produit par des humains et pour des humains.

¹²¹ Et ce, même avant *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551. À ce propos, voir : Harith AL-DABBAGH, « La définition de la religion de la

la directrice municipale de Wellesley, que cette municipalité voisine n'a pas posé les mêmes balises règlementaires à ses résidents, justement parce qu'une partie importante de la population appartient à une communauté amish ou mennonite qui continue d'utiliser les chevaux comme moyen de transport. De même, en se référant à Edward Bennett, professeur de psychologie sociale et communautaire, le juge indique que les règlements sont formulés par des humains pour des humains et qu'ils sont donc indétachables de considérations humaines. Le paragraphe 68 mentionne à ce propos : « [I]and use practices are made by human beings and are made with human beings in mind¹²² ». Ces considérations pour une approche plus humaine de la normativité, prête à se porter garante des droits de certaines portions de la population, sont également soutenues en Ontario à l'échelle provinciale. L'Ontario a en effet, sous plusieurs aspects, accommodé les membres du Old Order (amish et mennonite) présents sur son territoire¹²³. Il semble donc que le problème soulevé dans la municipalité de Mornington ait été très local et qu'il se campe directement dans une affaire liée à la tolérance d'un groupe religieux minoritaire par la population non membre de ce groupe¹²⁴.

Sans surprise, le juge Trachy en vient, au paragraphe 72 du jugement, au principe de proportionnalité¹²⁵ dans la mise en balance des intérêts et enjeux mis en cause¹²⁶. Le règlement municipal est alors déclaré

jurisprudence de la Cour suprême du Canada. L'arrêt *Amselem* revisité », (2019) 27-1 *Théologiques* 119.

¹²² *Mornington (Township) v. Kuepfer*, préc., note 17, par. 68.

¹²³ Que ce soit en matière d'éducation ou en ce qui concerne les ajustements apportés au *Code de la route*, par exemple.

¹²⁴ *Mornington (Township) v. Kuepfer*, préc., note 17, par. 69 : « [b]y way of assisting the court as to the extent of tolerance to be afforded to the Mennonite Community, I would sum up his evidence in this way on the matter of tolerance. There are provisions in our society that protect ethnic and religious groups in relation to unfair and unequal practices ».

¹²⁵ Au Canada, le test visant à vérifier la proportionnalité d'une mesure législative a été élaboré dans : *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

¹²⁶ Ce test comporte quatre étapes :

[I]e fardeau de la preuve revient au législateur, car c'est lui qui veut imposer un règlement ou une loi. La première étape vise à démontrer que la cause sert un objectif urgent et réel. [...] La seconde étape s'efforce de souligner qu'un lien rationnel existe entre l'objectif poursuivi et les

inopérant face aux articles 2 a) et 15 de la Charte. Une lecture kelsénienne de la mise en balance des droits est possible ici. Ce qui prime, c'est la norme constitutionnelle et, par le fait même, les droits et libertés fondamentaux. La liberté de religion passe alors « devant » le règlement municipal qui porte une atteinte à une pratique socioreligieuse. La justice ainsi rendue est soucieuse de la construction d'un pluralisme normatif et du respect des fondements de la démocratie canadienne. Selon le juge, le règlement municipal comporte un effet substantiel sur le mode de vie du Old Order (amish et mennonite) qui affecte réellement leur capacité à maintenir leur liberté de religion. Le règlement comporte un aspect discriminant inacceptable en fonction du droit constitutionnel. Selon le juge, sans nommer directement les amish dans le règlement municipal, ce qui serait aussi une forme de discrimination, il pourrait être possible de permettre de garder un cheval sur une propriété aux fins de transport. Le juge conclut, au paragraphe 91 : « [i]t is this Court's decision that Section 5.15, clause (a), paragraph 5 of By-Law 22-1982 as it relates to the keeping of a horse is a violation of Section 2(a) of the Charter of Rights and Freedoms and cannot be demonstrably justified in a free and democratic society. The defendants cannot therefore be found guilty of an unconstitutional law¹²⁷ ». Le jugement du juge Trachy à cet égard est sans équivoque : le droit constitutionnel (global) prime le droit municipal (local) lorsque des enjeux liés à la liberté de religion et à l'égalité sont soulevés par des faits jugés discriminatoires au niveau d'une municipalité.

mesures adoptées. La troisième étape s'apparente à l'accommodement raisonnable et consiste à montrer que le critère de l'atteinte minimale au droit et à la liberté est rempli. Le législateur doit alors montrer qu'aucune autre mesure moins dommageable pour le groupe lésé n'aurait pu être adoptée, comme dans le cas de l'accommodement raisonnable. La quatrième et dernière étape consiste à montrer que les effets de la mesure sont proportionnés pour l'ensemble de la société.

(Raphaël Mathieu LEGAULT-LABERGE, « L'influence de la Cour Suprême du Canada dans la reconstruction de l'identité collective des huttériens », (2018) 47-3 *Studies in Religion/Sciences Religieuses* 418, 436 [note 37]).

¹²⁷

Mornington (Township) v. Kuepfer, préc., note 17, par. 91.

B) *Stoll v. Kawartha Lakes (City) Committee of Adjustment*

La question, voire la problématique, de l'utilisation des chevaux chez les amish refait surface dans *Stoll v. Kawartha Lakes*. Cette fois, ce n'est pas le transport qui est directement interpellé, mais plutôt l'utilisation des chevaux dans le travail agricole et, incidemment, la nature même du travail et de la vocation agricole chez les amish, qui est foncièrement différente de celle mise en pratique dans l'agriculture mécanisée. Il s'avère indéniable que le travail agricole pour les amish, qui utilisent les chevaux comme moyen de traction principal, s'associe avec une *weltanschauung* religieuse de l'existence, c'est-à-dire une vision holiste de la vie fondée sur la *Gemeinschaft*¹²⁸, qui implique également la cohabitation intergénérationnelle des familles qui partagent les mêmes espaces. C'est à cette façon de vivre l'intégration intergénérationnelle, qui peut être considérée comme un trait socioreligieux, que s'adressait le cas *Stoll*. L'analyse juridique de la décision rendue dans cette cause montre que le facteur religieux a été écarté par le tribunal, qui n'a pas plus considéré les aspects sociologiques et compréhensifs du mode de vie intergénérationnel amish, se rabattant plutôt sur une analyse qui place en son centre des considérations procédurales purement intéressées au fait agricole de l'entreprise amish¹²⁹.

En 2004, Nancy et James Stoll, un couple amish, ont fait appel devant l'Ontario Municipal Board¹³⁰ d'une décision rendue par la

¹²⁸ Cela s'inscrit dans une philosophie de l'existence qui suppose que la communauté religieuse prend soin de ses membres du berceau à la tombe. Voir : YOUNG CENTER FOR ANABAPTIST AND PIETIST STUDIES, « Family », *Amish Studies*, 2023, en ligne : <<http://groups.etown.edu/amishstudies/social-organization/family/>>.

¹²⁹ À propos des entreprises amish, voir : Donald B. KRAYBILL et Steven M. NOLT, *Amish Enterprise. From Plows to Profits*, 2^e éd., Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2004; Donald B. KRAYBILL, Steven M. NOLT et Erik J. WESNER, « Sources of Enterprise Success in Amish Communities », (2011) 5-2 *Journal of Enterprising Communities: People and Places in the Global Economy* 112.

¹³⁰ D'abord établi en 1906 en tant que l'Ontario Railway and Municipal Board, ce n'est qu'en 1932 que ce tribunal administratif a été désigné sous le nom d'Ontario Municipal Board. En 2018, l'Ontario Municipal Board a été remplacé par le Local Planning Appeal Tribunal puis, en 2021, par l'Ontario Land

municipalité de Kawartha Lakes qui refusait la construction d'une seconde maison sur leur propriété agricole¹³¹. Le couple avait déposé une première demande à la municipalité dans le but de séparer leur terre agricole de 198 acres en deux parcelles de terre distinctes (l'une de 100 acres et l'autre de 98 acres) afin de construire une maison pour la famille de leur fille. Les bâtiments agricoles déjà construits sur la terre étaient séparés, situés chacun à une extrémité de la parcelle de terre. La seconde maison serait bâtie loin de la première, près des bâtiments se trouvant à l'autre extrémité du terrain. Cette première demande a été refusée et, par la suite, une seconde demande a été déposée à la municipalité, non pour séparer la terre, mais cette fois seulement pour construire ladite maison sur la même terre, à l'endroit déjà spécifié lors de la première demande. La municipalité a également rejeté cette seconde demande. Il semble que le facteur religieux n'ait pas apparu de façon évidente dans les demandes déposées par la famille amish auprès de la municipalité. D'ailleurs, la cause n'invoque pas directement une atteinte aux droits fondamentaux. C'est peut-être pourquoi, dans ce cas, le principe de proportionnalité n'a pas été appliqué. Ici, la structure de base qui s'exprime se limite aux institutions elles-mêmes (municipale, provinciale, juridique) en tant que biens primaires d'un ordre normatif « mixte », où le système normatif religieux amish n'est pas explicitement nommé comme tel. La justice, dans ce cas, se trouve à devenir plus formaliste et moins centrée sur les contenus du droit.

Le paragraphe 9 de la décision spécifie les raisons du rejet de la première demande, essentiellement : la non-viabilité d'une ferme dont la superficie est inférieure à 200 acres et autres détails administratifs. L'objectif avoué du plan de développement municipal, qui relève aussi de

Tribunal. À propos de l'Ontario Municipal Board, voir : Gerald M. ADLER, *Land Planning by Administrative Regulation: The Policies of the Ontario Municipal Board*, Toronto, University of Toronto Press, 1971; John G. CHIPMAN, *A Law Unto Itself. How the Ontario Municipal Board Has Developed and Applied Land Use Planning Policy*, Toronto, University of Toronto Press, 2002; Bruce W. KRUSHELNICKI, *A Practical Guide to the Ontario Municipal Board*, 2^e éd., Toronto, LexisNexis Canada, 2007.

¹³¹ *Stoll v. Kawartha Lakes (City) Committee of Adjustment*, préc., note 18. À propos de ce jugement, voir : J. EPP BUCKINGHAM, préc., note 117, 28.

directives provinciales¹³², est le maintien d'une agriculture viable et la non-division des terres agricoles en plus petits lots. Une terre agricole inférieure à 200 acres est jugée non viable selon les critères de l'agriculture mécanisée. Ce détail est important compte tenu du fait que les amish ne pratiquent pas une forme d'agriculture conventionnelle qui répond aux standards d'une activité agricole mécanisée et dite « normale ». Il y avait, de la part du tribunal, la conscience claire du fait que les amish ne pratiquent pas l'agriculture comme le font les entreprises agricoles modernes. Ce détail dénote aussi le fait que le tribunal reconnaît la spécificité socioreligieuse amish sur laquelle il doit se prononcer, même s'il ne la nomme pas explicitement comme étant de nature religieuse. À cet effet, le paragraphe 4 de la décision est clair :

[t]he core of the issue is the conservation of viable farms. The Provincial Policy Statement refers to lots being “sufficiently large to maintain flexibility for future changes in the type or size of agricultural operation.” Various municipalities adopt different figures for what they consider “sufficiently large”; the Official Plan of the County of Victoria (now City of Kawartha Lakes) adopts a standard of “not less than 200 acres or 80 hectares” (Section 8.3.2.2.1)¹³³.

¹³²

Les lignes directrices émises par le gouvernement provincial ontarien contiennent une indication générale quant à la possibilité de diviser les terres agricoles, indication reprise dans les plans de développement municipaux. Ces directives sont présentes dans le *Provincial Policy Statement*, adopté sous la *Planning Act*, R.S.O. 1990, c. P-13. Lorsque la cause concernant les amish a été entendue, c'était la directive datant de 1996 qui était en vigueur. Les directives subséquentes contiennent des indications en tout point similaires. Par exemple, concernant la directive émise en 2005, voir : ONTARIO, *Provincial Policy Statement*, Ministry of Municipal Affairs and Housing, 2005, art. 2.3.4.1.a), en ligne : <<https://oconnortownship.ca/uploads/documents/Uploads/2005%20Provincial%20Policy%20Statement%20Compressed.pdf>> : « Lot creation in *prime agricultural* areas is discouraged and may only be permitted for: a) *agricultural uses*, provided that the lots are of a size appropriate for the type of agricultural use(s) common in the area and are sufficiently large to maintain flexibility for future changes in the type or size of agricultural operations. »

¹³³ *Stoll v. Kawartha Lakes (City) Committee of Adjustment*, préc., note 18, par. 4.

Le paragraphe 10 indique les raisons du rejet de la seconde demande déposée par les Stoll : « that a second detached dwelling is allowable only if it is located within 30 metres of the principal dwelling. In this case, the proposed new house (near the existing second barn) would be some 740 metres away¹³⁴ ». Seule une maison située à 30 mètres ou moins de la résidence principale serait acceptable selon le plan de développement municipal. Dans ce cas, précisément, cela ne tient pas compte du fait que la propriété était issue d'une fusion de deux terres séparées et que des bâtiments se trouvaient déjà construits à ses deux extrémités. Une espèce de rigidité normative émerge de la part de la municipalité, qui se limite à une application des règlements. Elle légitime un seul ordre normatif, sans considération pour les autres systèmes normatifs qui coexistent sur le même territoire. Ici, selon l'approche procédurale mise en pratique par la municipalité, et par rapport à la théorie de Kelsen, la norme religieuse est reléguée « derrière » la norme municipale. C'est notamment la mise en acte de l'affaire devant un tribunal qui parvient à construire un pluralisme normatif réel.

Selon le tribunal, le seul problème de la seconde demande déposée par le couple amish est sa dérogation majeure aux règles de développement municipal, puisque l'intention de construire une maison pour la fille Stoll ne vise pas à contourner l'objectif de maintenir la vocation agricole de ladite propriété. Or, la question de la viabilité d'une terre de moins de 200 acres est ressortie dans la décision du tribunal, et ce, surtout en lien avec les pratiques agricoles distinctes des amish. Ainsi, le paragraphe 7 indique : « [t]hey are Amish, and practice what Mr. Stoll calls “intensive farming”, using horses. [...] Although Mr. Stoll acknowledged that 200 acres would not be considered large for tractor-based farming, he testified that it was larger than what their style of agriculture could accommodate in a single farming operation¹³⁵ », et le paragraphe 12 ajoute : « [t]he applicants' method of farming was predicated on smaller lots; indeed, he said, it could sustain a higher local agricultural productivity – and population – than other methods. The project would also make use of the agricultural facilities that

¹³⁴ *Id.*, par. 10.

¹³⁵ *Id.*, par. 7.

already existed at the other end of the property¹³⁶ ». M. Denhez, qui a rendu la décision pour le tribunal, cite d'ailleurs un précédent juridique datant de 1978 et touchant les mêmes problématiques. Dans *Stoltzfus v. Elgin (County)*¹³⁷, les pratiques agricoles amish avaient déjà été considérées comme viables sur de petites parcelles de terre :

The Amish are in the main, agricultural people and use horses and horsedrawn equipment. As a result, relatively small acreages are viable farm units because they are usually very intensively cultivated [...] After carefully examining the evidence, the Board is satisfied that the agricultural land inventory in [the] County would not be depleted by the granting of the proposed severance and so the Official Plan would not be offended¹³⁸.

De façon intéressante, le paragraphe 17 de la décision élimine toute pertinence à une justification « religieuse » de la demande déposée par le couple amish, se rabattant exclusivement sur une interprétation procédurale qui tient compte de la nature de l'agriculture amish. En fait, le tribunal semble aller dans le même sillage procédural que la municipalité. Encore une fois, la norme religieuse n'est pas nommée et il en résulte qu'elle n'est pas considérée sous l'ombrelle des droits et libertés fondamentaux. L'ordre normatif se réduit ici à une structure de base institutionnelle qui passe devant les autres formes de normativités. La justice se présente sous son aspect procédural.

C'est aussi la dualité entre la vocation agricole et la vocation religieuse amish qui est soulevée¹³⁹. Une analyse sociale et compréhensive de la situation des amish ne peut séparer ces deux aspects, alors que, comme dans le cas *Kuepfer* examiné précédemment, il appert évident que l'utilisation des chevaux comme moyen de transport et de travail par les

¹³⁶ *Id.*, par. 12.

¹³⁷ *Stoltzfus v. Elgin (County)*, (unreported, OMB File A771400, July 13th, 1978), tel que cité dans *Stoll v. Kawartha Lakes (City) Committee of Adjustment*, préc., note 18, par. 16.

¹³⁸ *Stoll v. Kawartha Lakes (City) Committee of Adjustment*, préc., note 18, par. 16.

¹³⁹ Une dualité qui avait été soulevée dans le cas des huttériens par la Cour suprême du Canada. Voir : *Barickman Hutterian Mutual Corp. v. Nault*, [1939] R.C.S. 223.

membres du Old Order est strictement indissociable de leur mode de vie, c'est-à-dire de leur mode de vie religieux. Le paragraphe 17 stipule toutefois ceci :

An examination of the wording makes it clear that the pivotal point was not the applicants' religious beliefs, which are completely irrelevant to this matter, but rather their practice of "intensive cultivation" (as it was called in that case – exactly the same concept as what Mr. Stoll calls "intensive farming"). Its distinctive characteristics, beginning with the use of horses, is uncontradicted¹⁴⁰.

Dans le précédent de 1978 cité par le tribunal, la demande de dérogation au règlement municipal avait été accordée aux amish, leur permettant de diviser une terre en parcelles plus petites. Dans le cas présent, l'appel des Stoll a également été accueilli favorablement par le tribunal, qui a autorisé la construction d'une seconde maison sur la propriété agricole. Le tribunal conclut ainsi :

It is trite to observe that the question of whether a variance is "minor", from the perspective of good planning, is not just a numbers game: a crucial question is whether the project has an adverse impact. In this case, the absence of that adverse impact, the distinctive characteristics of "intensive farming", and the fact that the subject property was originally composed of two farms to begin with, combine to lead the Board to the conclusion that the outcome proposed by the appellants represents good planning without contravening any of the criteria outlined in Section 45 (1). Accordingly, the appeal is allowed, and the variance is authorized¹⁴¹.

¹⁴⁰ *Stoll v. Kawartha Lakes (City) Committee of Adjustment*, préc., note 18, par. 17.

¹⁴¹ *Id.*, par. 19.

Discussion et conclusion

En fonction de ces considérations théoriques et de ces décisions concernant les amish, est-il possible d'affirmer que les tribunaux ont joué un rôle dans le processus de reconnaissance des traits socioreligieux amish? Si oui, ont-ils aussi pu contribuer à construire un pluralisme normatif effectif en Ontario? En reprenant chacune des causes présentées ci-dessus et en les replaçant dans l'espace juridique et philosophique qui les caractérise, il semble que le rôle des tribunaux en la matière soit cantonné à certains aspects précis.

Dans le cas *Kuepfer*, le rôle joué par le tribunal a conduit à une modification du règlement municipal qui interdisait aux amish de garder des chevaux dans la municipalité de Mornington. Le rôle du tribunal a donc été positif pour les amish, qui ont obtenu une reconnaissance d'un de leurs marqueurs identitaires primordial, ce marqueur identitaire faisant partie du système normatif de leur religion, c'est-à-dire de l'*Ordnung* de leurs communautés. C'est en mobilisant une logique du raisonnable fondée sur les valeurs de la démocratie et sur le principe des droits de la personne que la Cour provinciale est parvenue à jouer ce rôle. Il s'agissait alors, pour le tribunal, de mettre en balance plusieurs systèmes normatifs, tout en renvoyant cette logique du raisonnable à ce qui est, selon Kelsen et selon le texte constitutionnel canadien lui-même, la norme fondamentale du droit : la Constitution. D'ailleurs, le jugement indiquait à ce propos : « Charter protects a complex of interacting values, each more or less fundamental to the free and democratic society that is Canada ¹⁴² ». Axiologiquement parlant et au regard du système démocratique canadien, ce « plus ou moins fondamental » est justement ce que la Constitution canadienne protège en matière de droits et libertés, dont le droit à la liberté de religion et à l'égalité.

Or, le système de droit canadien ne pose pas une hiérarchisation définitive des valeurs ou des normes fondamentales, favorisant plutôt une analyse au cas par cas selon les problématiques émergentes. Le principe de

¹⁴²

Mornington (Township) v. Kuepfer, préc., note 17, par. 71.

proportionnalité¹⁴³, qui a été mobilisé dans le cas *Kuepfer*, renvoie directement à cette analyse au cas par cas qui interpelle une logique du raisonnable fondée sur les droits et libertés fondamentaux. Une histoire du principe de proportionnalité en tant que fondement raisonnable de la mise en balance des droits, fonction primordiale d'un tribunal, devrait d'ailleurs remonter au droit des religions américain en considérant le cas *Sherbert v. Verner*¹⁴⁴, qui impliquait des adventistes du septième jour et qui a été jugé en 1963 et, en second lieu, au cas *Wisconsin v. Yoder*¹⁴⁵, jugé en 1972, ce dernier cas ayant impliqué les amish et leur droit de retirer leurs

¹⁴³ À ce propos, voir : Nathalie BELLEY, « L'émergence d'un principe de proportionnalité », (1997) 38-2 *C. de D.* 245; Antoine GUILMAIN, « Sur les traces du principe de proportionnalité : une esquisse généalogique », (2015) 61-1 *R.D. McGill* 87. En ce qui concerne l'application du principe de proportionnalité en Europe, voir notamment : Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Xavier DELGRANGE, « Le principe de proportionnalité : retour sur quelques espoirs déçus », (2019) 7-7 *Revue du droit des religions* 41; Clémentine KLEITZ, « Contrôle de proportionnalité : "Une nécessaire adaptation aux exigences de la jurisprudence européenne" », (2016) 43 *Gazette du palais* 10; Pascal CHAUVIN, « La question de la proportionnalité dans la pratique jurisprudentielle. L'exemple français », intervention lors du séminaire France-Israël, 7-9 novembre 2016; Anne RASSON-ROLAND et Marc VERDUSSEN, « Le juge constitutionnel et la proportionnalité. Juge constitutionnel et droit pénal », (2009) 25 *Annuaire international de justice constitutionnelle* 123; Bernadette RENAULD, « La proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Belgique », (2010) 9 *Association des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français* 53 (cas de la Belgique); Silvia BAGNI, « Le principe de proportionnalité dans l'ordre juridique italien : un cadre général », (2018) *Revue générale du droit*, en ligne : <<https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2018/11/15/le-principe-de-proportionnalite-dans-lordre-juridique-italien-un-cadre-general/>> (cas de l'Italie).

¹⁴⁴ 374 U.S. 398 (1963). Cela n'est pas sans rappeler l'un des premiers cas en droit des religions jugé par la Cour suprême du Canada à la suite de l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, cas ayant aussi impliqué les adventistes du septième jour : *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536.

¹⁴⁵ Préc., note 10. Un article de Pullman en relate d'ailleurs les incidences en ce qui concerne le premier amendement de la Constitution américaine. Voir : Marc H. PULLMAN, « *Wisconsin v. Yoder*: The Right to Be Different. First Amendment Exemption for Amish under the Free Exercise Clause », (1973) 22-2 *DePaul Law Review* 539.

enfants de l'école à l'âge de 14 ans, cas qu'ils ont gagné devant la Cour suprême des États-Unis. Historiquement, les amish ont donc été parmi les groupes religieux qui ont permis aux tribunaux de construire le test relatif au principe de proportionnalité. Ce test représente ce que les tribunaux sont appelés à être dans une société démocratique, c'est-à-dire, pour reprendre des termes rawlsiens, la raison publique. Bien sûr, Rawls utilisait ces termes en parlant des cours suprêmes des États démocratiques, mais le rôle d'un tribunal suppose une raison qui instaure une mise en balance des intérêts en présence, ce qui n'est pas sans incidence sur la reconnaissance de pratiques religieuses distinctes. À ce moment, le tribunal devient le garant d'une valeur démocratique qui renvoie aux normes fondamentales de l'État.

D'ailleurs, lorsque cette mise en balance implique un droit fondamental, il n'est pas surprenant, en référence à la pyramide des normes de Kelsen, que la norme municipale soit remise en question face à un aspect constitutionnel. Ce n'est pas tant l'héritage néo-kantien qu'il s'agit de mobiliser ici que les dimensions pragmatique et démocratique qui sont imprimées par le tribunal dans une communauté locale qui, autrement, favoriserait peut-être d'autres critères de justice. C'est la religion vécue qui est alors visée en tant que manifestation d'un droit fondamental mis en pratique dans une société démocratique. Les travaux de Louis-Philippe Lampron à propos de la hiérarchisation des droits ont bien montré que la liberté de religion se trouve protégée au plus haut degré par le droit constitutionnel canadien¹⁴⁶. En reconnaissant et en légitimant le système normatif amish dans la municipalité de Mornington, la Cour provinciale ontarienne a contribué à la construction d'un pluralisme normatif effectif. De cette façon, elle s'est présentée comme le représentant d'une raison

¹⁴⁶ Voir : Louis-Philippe LAMPRON, *La hiérarchie des droits. Convictions religieuses et droits fondamentaux au Canada*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2012; Louis-Philippe LAMPRON et Eugénie BROUILLET, « Le principe de non-hiérarchie entre droits et libertés fondamentaux : l'inaccessible étoile? », (2011) 41-1 *R.G.D.* 93. La question de la hiérarchisation des droits rappelle directement la pyramide des normes de Kelsen. Les difficultés à cet égard émergent précisément au moment de mettre en balance deux droits faisant partie de la norme supérieure, c'est-à-dire de la Constitution, ou encore au moment de limiter un droit fondamental en fonction de considérations sociales urgentes, réelles et nécessaires.

publique, démontrant en ce sens ce que peut être une institution juste par rapport au système normatif canadien, un système fondé sur un monisme étatique, mais faisant place à un pluralisme normatif qui reconnaît la diversité culturelle et religieuse présente sur le territoire canadien.

Cependant, cela n'est pas toujours le cas et l'application du principe de proportionnalité ne conduit pas nécessairement aux mêmes résultats pour un groupe religieux. Il semble qu'une comparaison rapide avec la cause *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony* apportera quelques lumières à ce propos¹⁴⁷. Cette comparaison a aussi le mérite de trouver son point comparatif à l'intérieur même des groupes anabaptistes. Dans l'affaire *Hutterian Brethren*, les huttériens albertains, cousins des amish, n'ont pas obtenu le droit d'être exemptés de leur photographie sur leur permis de conduire. La Cour suprême a conduit son jugement à l'aune du principe de proportionnalité, mais c'est une logique procédurale qui a finalement dominé, assurant que l'ordre normatif de la province en matière de transport prime sur le droit à la liberté de religion. Dans cette affaire, la reconnaissance du pluralisme normatif est mise à mal. Certains juristes y ont vu un recul de la portée du droit à la liberté de religion. Si l'affaire des amish et celle des huttériens concernent toutes les deux le transport sur les routes publiques et la reconnaissance de traits socioreligieux distincts, il semble que le tribunal ontarien se soit trouvé, dans son jugement, en meilleure synchronie avec les normes constitutionnelles canadiennes. Par contraste avec l'affaire des huttériens, le rôle que le tribunal ontarien a joué semble très positif en ce qui a trait à la construction d'un pluralisme normatif effectif et pragmatique.

Or, même lorsque des considérations d'ordre constitutionnel sont écartées par le tribunal, comme dans le cas *Stoll*, et qu'une analyse procédurale est privilégiée, le tribunal peut en arriver à participer à une dynamique de reconnaissance de pratiques socioreligieuses distinctes

¹⁴⁷ Voir : *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567. À ce propos, voir notamment : José WOEHLING, « Quand la Cour suprême s'applique à restreindre la portée de la liberté de religion : l'arrêt *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony* (2009) », (2011) 45-1 *R.J.T.* 7; Janet EPP BUCKINGHAM, « Drivers Needed: Tough Choices from *Alberta v. Wilson Colony of Hutterian Brethren* », (2010) 18-3 *Constitutional Forum* 109.

(comme la construction d'une résidence secondaire sur une propriété agricole). Il est tout de même surprenant que des considérations constitutionnelles n'aient pas été soulevées dans le cas *Stoll*. Elles ont peut-être été évitées parce que la cause a été entendue devant un tribunal administratif. Mais peu importe l'envergure du tribunal en question, et comme le soulignait Rawls, la raison publique que celui-ci doit représenter en tant qu'instance démocratique n'a pas à exclure des considérants normatifs d'ordre supérieur lorsqu'ils sont exigés par les situations qui se présentent devant lui. D'ailleurs, le cas *Kuepfer* relevait, aux paragraphes 67 et 85 à 87, des éléments qui auraient dû être cités dans le cas *Stoll*, car tout à fait en rapport avec le zonage, la dimension des terres ontariennes vouées à l'agriculture, la cohabitation intergénérationnelle et l'utilisation des chevaux dans les entreprises agricoles amish. Ainsi, les mentions suivantes se trouvent dans le jugement du cas *Kuepfer* :

For people who farm with horses and with small scale implements, the Old Order Amish don't need nor necessarily have a wish to see land parcel sizes continually increase, so that it makes it increasingly challenging for them to afford to buy farms, but also to work the larger scale farms. The thinking in that regard is often driven by larger scale farmers, who are using increasingly large scale modern implements and technology. On the other hand people who have followed their traditional practices do not share that same orientation. The Old Order Amish don't have a pursuit for wealth in a way that the dominant culture tends to have [...] and since their strategies of farming are not in line with large scale farming, then society has basically create a barrier that is *unfair and unequal*. Further his opinion is that the Amish are restricted because they cannot have more than one permanent dwelling on a farm parcel size. They are not allowed to sever the farm parcel size. From that standpoint the offspring have nowhere to go except into a residential area such as Newton. If they can't stable a horse in a residentially zoned area, and if they can't sever a farm parcel, then society is creating a barrier which is not allowing an ethnic religious group to follow their traditional practices¹⁴⁸.

¹⁴⁸*Mornington (Township) v. Kuepfer*, préc., note 17, par. 67.

Because of certain policies adopted by the Province of Ontario regarding land use set out in a comprehensive set of Policy Standards, whereby there shall be no new settlements in prime agricultural areas, [...] it has become increasingly difficult for farmers to sever any portion of their land. The establishment of minimum farm sizes and the prevention of the creation of smaller lots outside of settlement areas, has clearly exerted pressure on children of farmers who must leave the farm unless they can afford a farm of their own. There is simply no provision to sever the land to establish either residency in the form of a single family dwelling for a separate family who may wish to continue working the land along with the parents, or for the creation of two smaller farms out of the one larger parcel. And while this form of pressure is felt by the agriculture community as a whole without regard to religion, it has a much greater impact on the Old Order Amish in view of their close-knit communal form of lifestyle which we have been told is part of their religion.

[...] these very policies, which are designed to protect the use of land and to preserve farm land, as noble as they may be, are in fact disrupting the lifestyle of a particular, but not insignificant, segment of the community¹⁴⁹.

I find that the policies of both municipal and provincial forms of Government are exerting an indirect form of control over the lifestyle of the Old Order Amish whose religious beliefs play a very major role in their lives and thus limits alternative courses of conduct for the Amish otherwise available to the population at large¹⁵⁰.

Le tribunal provincial avait bien ciblé les enjeux soulevés concernant l'*Ordnung* et la *Gemeinschaft* spécifiques au mode de vie amish. Or, ces paragraphes exposaient également des considérations d'ordre constitutionnel en lien avec la liberté de religion. Dans le cas *Stoll*, qui soulevait directement ces enjeux, le tribunal a évité ces questions. Il a plutôt adopté une logique procédurale qui a conduit tout de même à la reconnaissance du marqueur identitaire amish. Ce faisant, le tribunal a

¹⁴⁹ *Id.*, par. 85 et 86.

¹⁵⁰ *Id.*, par. 87.

démontré qu'une institution juste peut, par cette logique procédurale, reconnaître une normativité religieuse et ainsi rendre une justice qui, sans faire directement appel au système de normes fondamentales canadien, c'est-à-dire sans prendre en considération les aspects constitutionnels soulevés par le différend, ni au système de normes religieuses, n'appuie pas directement son jugement sur l'axiologie prônée par le système démocratique.

À cet égard, dans les deux cas qui ont fait l'objet de cette étude, les tribunaux ont bel et bien joué un rôle de raison publique en évaluant la pertinence de normes municipales (soit par une analyse de la proportionnalité, soit par une analyse procédurale) et en remettant en perspective les enjeux locaux soulevés par les affaires considérées, conduisant à une remise en question de règlements de zonage et, ultimement, favorisant la reconnaissance des pratiques socioreligieuses amish dans le sud ontarien. Toutefois, ce rôle s'est cantonné davantage à l'espace légal et idéologique et au niveau local. Il s'agit là d'une limite fondamentale du rôle que les tribunaux ont joué en la matière. Ce rôle a été beaucoup plus direct dans l'espace légal que dans l'espace social en lui-même, c'est-à-dire par rapport à la société civile. En ce sens, ce rôle a probablement été plus symbolique que pragmatique¹⁵¹. De plus importantes recherches empiriques seraient nécessaires pour mesurer l'incidence de ces décisions des tribunaux sur la société civile. Si les tribunaux, par la logique du principe de proportionnalité et la logique procédurale, ont bel et bien contribué à la reconnaissance des spécificités socioreligieuses amish et à la construction du pluralisme normatif en Ontario, se faisant ainsi les porteurs des valeurs démocratiques canadiennes (ici, l'axiologie est tout de même impliquée dans les jugements délivrés par les tribunaux¹⁵²), la portée du rôle des tribunaux s'inscrit davantage en confluence avec d'autres facteurs, dont la présence historique des amish et du Old Order Mennonite dans le sud ontarien¹⁵³. La reconnaissance sociale de leurs traits socioreligieux et identi-

¹⁵¹ À certains égards, le rôle des tribunaux est plutôt symbolique.

¹⁵² Il s'agit plus concrètement de l'arrimage entre l'axiologie portée par le principe des droits de la personne et incarnée dans le monisme étatique et l'axiologie portée par l'*Ordnung* amish et relevant d'une forme de normativité religieuse.

¹⁵³ Les succès des amish devant les tribunaux relèvent peut-être du fait que ce sont des chrétiens membres du groupe racial majoritaire. Il n'en demeure pas moins

taires, dans et par la société civile, n'est pas à cet égard tributaire de jugements rendus par les tribunaux. Elle repose sur une proximité sociale qui, sur le terrain, est observable par les multiples interactions que ces groupes religieux minoritaires entretiennent avec la population en général. Si les jugements des tribunaux ont contribué à mieux intégrer les spécificités socioreligieuses amish à la culture démocratique canadienne, créant ainsi une jurisprudence en la matière, leur influence directe demeure symbolique, malgré tout, et plus directement cantonnée au domaine du droit. La norme juridique ainsi créée est bien spécifique et locale, même si elle met en balance des systèmes normatifs de divers ordres.

que les amish font preuve d'un système normatif complètement différent de celui des protestants ou des catholiques. Une histoire plus complète du droit des amish ontariens laisserait entrevoir que la reconnaissance des amish s'est manifestée également sur d'autres fronts, en éducation notamment. Par ailleurs, des comparaisons entre la reconnaissance des amish et celle d'autres groupes religieux minoritaires en Ontario (musulmans, hindous, sikhs, etc.) permettraient d'ouvrir des pistes de recherche des plus pertinentes.