

Christelle Landheer-Cieslak
Mathilde Philip-Gay

LAÏCITÉ *VERSUS* MULTICULTURALISME ?

LE DROIT À L'ÉPREUVE
DES SOCIÉTÉS PLURIELLES



Collection Dikè



DIKÈ

Collection dirigée par Josiane Boulad-Ayoub et Bjarne Melkevik



« Le soleil ne transgressera pas
son orbe (métra).

Ou alors les Érinyes, aides de la
justice, le découvriront. »

(Héraclite, *Aphorisme* 94)

Les Érinyes, déesses de la vengeance, dont Héraclite fait les auxiliaires de la justice, se métamorphosent à la fin de l'*Orestie* d'Eschyle en bienveillantes Euménides. Fille de Thémis dans la mythologie, DIKÈ, alliée cependant aux nouvelles divinités Athéna et Apollon, s'humanise dans la tragédie, se laïcise, se politise en s'associant aux progrès de la démocratie, du débat juridique et politique, du développement des lois.

DIKÈ n'était pas, à Athènes, la mimésis d'une essence de la justice, elle était à la fois l'idée abstraite du droit et, sous de multiples formes, l'action judiciaire.

La collection « DIKÈ », comme la Pnyx et l'Agora athéniennes, offre un espace public, un lieu de rencontre pour penseurs venus d'horizons et de disciplines différents, du droit, de la philosophie du droit, de la philosophie politique, de la sociologie, prêts à débattre des questions juridiques urgentes et disposés à une critique aussi polymorphe et diverse que les structures complexes du droit contemporain qu'ils tenteront de mettre à jour. Penseurs persuadés que DIKÈ, élevée à la dignité autonome du concept, est toujours enchaînée au juste et à l'injuste et que, privée de déterminations concrètes, la justice n'est qu'une forme vide. Persuadés aussi que l'ambivalence des structures juridiques invite à procéder à une enquête sur la généalogie des formes historiques du droit.

Liste des titres parus à la fin de l'ouvrage

LAÏCITÉ *VERSUS*
MULTICULTURALISME?

CHRISTELLE LANDHEER-CIESLAK
MATHILDE PHILIP

LAÏCITÉ *VERSUS*
MULTICULTURALISME ?

Le droit à l'épreuve des sociétés plurielles



Presses de
l'Université Laval

Nous remercions le Conseil des arts du Canada de son soutien.
We acknowledge the support of the Canada Council for the Arts.



Conseil des arts
du Canada

Canada Council
for the Arts

Les Presses de l'Université Laval reçoivent chaque année de la Société de développement des entreprises culturelles du Québec une aide financière pour l'ensemble de leur programme de publication.

SODEC

Québec



Catalogage avant publication de Bibliothèque et Archives nationales du Québec et Bibliothèque et Archives Canada

Titre: *Laïcité versus multiculturalisme? : le droit à l'épreuve des sociétés plurielles /*

Christelle Landheer-Cieslak, Mathilde Philip.

Noms: Landheer-Cieslak, Christelle, auteur. | Philip, Mathilde, 1978- auteur.

Collections: Dikè.

Description: Mention de collection: Dikè | Comprend des références bibliographiques. Identifiants:

Canadiana (livre imprimé) 20240033345 | Canadiana (livre numérique) 20240033353 | ISBN

9782766306794 | ISBN 9782766306800 (PDF)

Vedettes-matière: RVM: Multiculturalisme—Droit—Canada. | RVM: Laïcité—Droit—France. | RVM:

Droit religieux—Canada. | RVM: Droit religieux—France. | RVM: Régulation religieuse—Canada. |

RVM: Régulation religieuse—France.

Classification: LCC KE4430.L36 2025 | CDD 342.7108/52—dc23

Maquette de couverture et mise en pages: Laurie Patry

ISBN: 978-2-7663-0679-4

ISBN PDF: 9782766306800

ISBN EPUB: 9782766306817

Ouvrage publié avec le concours du programme ReligiS qui bénéficie d'une aide de l'État gérée par l'Agence Nationale de la Recherche au titre de France 2030 portant la référence no ANR-24-RSHS-0005.



Programme **ReligiS**

Religions et sociétés face
aux défis contemporains

porté par l'

Université

de Strasbourg

© Les Presses de l'Université Laval

Tous droits réservés.

Imprimé au Canada

Dépôt légal 2^e trimestre 2025

Les Presses de l'Université Laval

www.pulaval.com

Laïcité versus multiculturalisme ? : le droit à l'épreuve des sociétés plurielles sous la direction de Christelle Landheer-Cieslak et Mathilde Philip © Les Presses de l'Université Laval est mis à disposition selon les termes de la [licence Creative Commons Attribution – Pas d'utilisation commerciale – Pas de modification 4.0 International](#).



*À notre ami Hughes Fulchiron, pour tout ce qu'il nous a apporté.
Il est celui qui a imaginé qu'une complicité pouvait naître entre nous.
Il avait raison!*

Table des matières

Avant-propos	1
Introduction	3
CHAPITRE 1	
Liberté	13
1. Le droit d'avoir des pensées, des opinions et des croyances : un droit absolu	15
1.1. Au Canada et en France: un droit aux caractéristiques communes	15
1.1.1. Le droit de choisir librement ses pensées, opinions et croyances	15
1.1.2. Le droit de changer librement ses pensées, opinions et croyances	17
1.2. Au Canada et en France: deux droits avec une appréhension distincte de la religion	19
1.2.1. Au Canada: une personnalisation progressive de la religion	19
1.2.2. En France: le refus de définir juridiquement la religion	30
2. Le droit d'exprimer des pensées, des opinions et des croyances: un droit « raisonnablement » protégé.....	39
2.1. Un objet commun de protection: la manifestation libre du for intérieur.....	39
2.1.1. Le droit d'exprimer son for intérieur: les actions positives autorisées au Canada et en France.....	39
2.1.2. Le droit d'exprimer son for intérieur: les actions négatives interdites au Canada.....	41
2.2. La manifestation libre du for intérieur: une nécessaire limitation pour préserver les assises démocratiques de la société.....	43
2.2.1. Au Canada: maintenir l'ordre social en portant une atteinte minimale à la manifestation libre du for intérieur	44
2.2.2. En France: prendre en compte les libertés d'autrui dans la manifestation du for intérieur et éviter son expression abusive	54

CHAPITRE 2

Égalité	61
1. L'appréhension des différences au Canada et en France: le choix de deux types de différenciation juridiques réparatrices.....	64
1.1. La différenciation juridique réparatrice du passé: la reconnaissance des traditions religieuses de certaines populations au Canada et en France	65
1.1.1. Au Canada: le choix d'une approche fondée sur la personnalité	65
1.1.2. En France: le choix d'une approche fondée sur la territorialité	71
1.2. La différenciation juridique réparatrice de l'inégalité sociale: une appréhension différente de la discrimination au Canada et en France.....	78
1.2.1. Au Canada: un régime juridique bien établi de lutte contre les discriminations.....	78
1.2.2. En France: une protection élargie contre les discriminations.....	84
2. L'appréhension des différences au Canada et en France: le choix d'aménager la règle commune pour rétablir l'égalité.....	90
2.1. Au Canada: assurer l'expression égalitaire de toutes les identités, notamment religieuses.....	91
2.1.1. L'accommodement raisonnable: au nom de l'égalité réelle, adapter la règle commune et intégrer	91
2.1.2. Au-delà de l'accommodement raisonnable: au nom de l'égalité formelle, reformuler la règle commune et inclure?	97
2.2. En France: assurer l'exercice égalitaire de la liberté de pensée, de conscience et de religion	104
2.2.1. Dans les services publics: des accommodements raisonnables refusés, mais des ajustements pratiqués	105
2.2.2. Dans les entreprises privées: la possibilité d'«ajustements concertés» entre employeurs et employés, y compris pour davantage de neutralité.....	110

CHAPITRE 3

Fraternité	117
1. Les obligations négatives de l'État: assurer sa neutralité face au pluralisme	120
1.1. Au Canada: assurer un espace public inclusif et participatif	120
1.1.1. La nécessaire neutralité de posture des institutions de l'État.....	121
1.1.2. La difficile question de la neutralité d'apparence des représentants de l'État.....	126

1.2. En France: assurer un espace public pacifié.....	147
1.2.1. Dans les services publics: l'obligation de stricte neutralité des agents publics	147
1.2.2. Dans les écoles publiques: l'obligation de discrétion des élèves	149
2. Les obligations positives de l'État: protéger le pluralisme au sein de la société	155
2.1. Au Canada: intervenir pour maintenir et valoriser le « patrimoine multiculturel des Canadiens »	156
2.1.1. L'obligation d'intégrer les individus et les groupes dans le respect de leur identité religieuse et culturelle: une obligation juridiquement affirmée	156
2.1.2. Le paragraphe 15 (2) de la <i>Charte canadienne</i> et l'amélioration de la situation des individus et des groupes défavorisés: la difficile question de la « discrimination à rebours »	171
2.2. En France: intervenir pour assurer le respect du principe d'égalité entre toutes les convictions.....	182
2.2.1. Le principe d'égalité en matière convictionnelle: les paradoxes de son interprétation	182
2.2.2. Le principe d'égalité en matière convictionnelle: sa réalisation et les enjeux de « l'égalité à rebours »	189
Conclusion	201
Bibliographie.....	205

Avant-propos

Le multiculturalisme et la laïcité interpellent l'intime et renvoient bien souvent à des convictions profondes dont l'expression peut susciter passions, querelles et violences. C'est notamment le cas au Canada et en France, où tout débat en lien avec ces deux modèles peut parfois sembler impossible tant le sujet est sensible. Ô combien difficile est-il alors de se faire une opinion documentée. Construit à partir des recherches que nous menons depuis plusieurs années, ce livre propose une analyse qui s'efforce de retracer de manière la plus claire possible le contenu que peut prendre chacune de ces deux propositions, sans en nier les points de complexité.

Dans cette perspective, en tant que juristes, nous ne pouvions qu'écrire un livre sur l'état du droit du multiculturalisme canadien et du droit de la laïcité française. À partir des éléments de comparaison que nous en proposons, ce sera, par la suite, à nos lectrices et lecteurs d'en tirer leurs propres conclusions, juridiques voire philosophiques et politiques. Grâce à notre analyse centrée sur certains textes constitutionnels canadien et français, nous souhaitons que notre ouvrage contribue à nourrir la réflexion. Peut-être pourra-t-il aussi donner des pistes de compréhension pour penser la laïcité juridique québécoise qui émerge depuis l'adoption et la sanction le 16 juin 2019 de la *Loi sur la laïcité de l'État* par l'Assemblée nationale du Québec et qui, fréquemment, est comparée ou opposée à chacun de ces deux modèles.

À plusieurs reprises, dans les milieux universitaires, nous avons pu constater que les termes « multiculturalisme » et « laïcité » peuvent changer de sens selon le registre disciplinaire dans lequel ils sont mobilisés. Ils sont également susceptibles d'être saisis par des courants de pensée bien différents. Par exemple, dans le champ de la sociologie, le multiculturalisme et la laïcité interrogent la place de la religion et des phénomènes religieux dans les différents espaces sociétaux. Le multiculturalisme et la laïcité sont aussi des concepts philosophiques, susceptibles de réflexions approfondies, variant selon leurs multiples contenus théoriques. Enfin, hors de l'enceinte de l'Université, dans le champ du politique, ces termes peuvent souvent être instrumentalisés au point de rendre parfois difficiles des échanges fondés en raison. Sans prétendre à une parfaite neutralité axiologique, qui nous semble de toute façon impossible, la perspective juridique qui est la nôtre

visé à nourrir un dialogue interdisciplinaire fécond mais aussi à susciter des échanges plus éclairés.

Au fil de nos conférences, au fil de nos articles, nos travaux ont, à de multiples reprises, exploré la manière dont le droit canadien, québécois et français reconnaissent et préservent le caractère pluriel de leur société, où coexistent différentes manières de se représenter le monde, où s'expriment différentes manières d'être au monde. Avec un intérêt pour les grands principes de droit constitutionnel mais aussi pour leur mise en œuvre dans des litiges en lien avec les institutions publiques et entre particuliers, ils ont cherché à comprendre ce qui singularise ces différents droits. Très spécifiquement, l'objectif central de ce livre est d'identifier et de comparer les caractéristiques essentielles des ordres juridiques canadiens et français pour les distinguer au mieux dans leur appréhension du pluralisme, mais aussi et surtout pour mettre en évidence leurs fondements communs.

Puisse ce livre nourrir chez nos lectrices et lecteurs de riches réflexions dont il nous fera grand plaisir de prendre connaissance.

À Québec et à Lyon, le 30 janvier 2025.
Christelle Landheer-Cieslak et Mathilde Philip

Introduction

1. En matière d'appréhension du pluralisme, il est fréquent d'opposer les deux modèles philosophiques, politiques et juridiques que sont le multiculturalisme et la laïcité.

2. Le modèle multiculturel, par une politique active de la reconnaissance¹, chercherait à favoriser l'émergence d'une citoyenneté multiculturelle² où les spécificités de l'identité de chacun sont respectées, tout particulièrement dans l'espace public, les pensées, les opinions, les croyances et les représentations étant envisagées comme une composante essentielle de cette identité pour permettre à l'individu de donner sens à son existence.

3. En créant un espace «laïque», autonome par rapport à l'espace religieux, le modèle de la laïcité viserait plutôt à promouvoir une citoyenneté universelle. Dans l'espace public, le «vivre-ensemble» laïque imposerait alors au citoyen de transcender ses particularismes, notamment religieux, et d'admettre que ces derniers puissent être discutés en permanence³, dans un «face-à-face entre l'État et les individus auxquels les corps intermédiaires (familles, associations, Églises, communautés ethniques, etc.) ne prennent pas part⁴».

4. La plupart du temps, cette mise en tension du multiculturalisme et de la laïcité est pertinente et peut s'expliquer par un rapport au religieux historiquement différent⁵. Toutefois, elle peut aussi avoir pour conséquence

-
1. Sur la politique de la reconnaissance, voir Charles Taylor, *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, 2009.
 2. Will Kymlicka, *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit des minorités*, 2017.
 3. Cette quête ininterrompue de sens est qualifiée de «problématicité» par Jan Patočka, une expression que reprend aussi Edgar Morin. Selon Morin, ce concept permet «d'approfondir le raisonnement de Husserl selon lequel la culture européenne est essentiellement une culture de la Raison quels que soient les espaces envisagés (public, privé ou politique)». Voir Jan Patočka, *Essais hérétiques sur la philosophie de l'histoire*, 1999, p. 82; Edgar Morin, *La tête bien faite. Repenser la réforme, réformer la pensée*, 1999.
 4. Olivier Bobineau, «La spécificité du régime français de laïcité. Grilles de lecture à partir des sciences humaines», 2012, p. 56.
 5. Tout au long du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle, l'apparition de la laïcité républicaine française est étroitement liée au développement du principe de la séparation entre les Églises et l'État. Au contraire, à partir des années 70, l'émergence de l'État multiculturel libéral canadien s'inscrit

de négliger leur prémisses communes, à savoir la nécessité pour un État de reconnaître et de respecter le caractère pluriel de la société, tout en assurant la paix sociale. En effet, le multiculturalisme et la laïcité ont pour point commun d'être des modèles d'appréhension de la diversité, adoptés par des démocraties libérales affirmant au cœur de leur ordre juridique le respect de la liberté et de l'égalité de tous les citoyens et de toutes les citoyennes, quelle que soit leur manière singulière d'appréhender le monde.

5. Tel est le choix des États canadien et français qui consacrent ces principes et droits fondamentaux dans leur Constitution.

6. C'est ainsi que le Canada, héritier de la grande tradition libérale « de la Déclaration [française] des Droits de l'Homme et du Citoyen [...] [mais aussi] du *Bill of Rights* des États-Unis d'Amérique de 1791⁶ » et de la plus récente *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, (ci-après « *Convention européenne des droits de l'homme* »), reconnaît le droit à la liberté de conscience et de religion ainsi que le droit à l'égalité pour tout citoyen et toute citoyenne, respectivement aux articles 2a) et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* de 1982⁷. En plus, il affirme à l'article 27 de ce texte constitutionnel que « [t]oute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens ».

7. Au travers de cet article, le Canada vise « à promouvoir [au sein de la société canadienne] la participation entière et équitable des individus [mais aussi] des [communautés] de toutes origines⁸ ». Toutefois, comme a pu le rappeler Pierre-Elliott Trudeau, « l'esprit de la *Charte [canadienne]* [...] »

plutôt dans un courant postcolonial, soucieux de consacrer « le principe selon lequel les intérêts et les modes de vie des immigrants sont aussi respectables – et méritent autant d'être pris en compte – que ceux des descendants des premiers colons » (Kymlicka, *supra* note 2, p. 91).

6. Stéphane Bernatchez, « Les fondements philosophiques et théoriques de la Charte canadienne des droits et libertés », 2013, par. [6]: « Inspiré par la philosophie libérale de Lord Acton et de T.H. Green, Trudeau a lui-même situé la Charte dans “la grande tradition de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et du Bill of Rights des États-Unis d'Amérique de 1791”, en ce qu'elle “établissait implicitement la primauté de la personne sur l'État et sur toutes les institutions gouvernementales et reconnaissait de la sorte que toute souveraineté réside dans le peuple.” » Voir le renvoi, dans cet article, à Pierre Elliot Trudeau, « Des valeurs d'une société juste », 1990, p. 386.

7. *Charte canadienne des droits et libertés*, édictée comme l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.U.), entrée en vigueur le 17 avril 1982 (ci-après « *Charte canadienne* »).

8. *Loi sur le multiculturalisme canadien*, L.R.C. (1985), ch. 24 (4^e suppl.).

[demeure] la protection de l'individu, non seulement contre la tyrannie de l'État mais également contre celle qui pourrait découler de l'appartenance à une collectivité [...]»⁹, que celle-ci soit linguistique, raciale, idéologique et bien sûr religieuse¹⁰. C'est en ce sens que le multiculturalisme du Canada peut être qualifié de libéral : par la consécration constitutionnelle des libertés et droits fondamentaux, tout en reconnaissant l'existence et l'importance des communautés religieuses et culturelles, il affirme l'incontournable sauvegarde de l'individu contre toutes les formes d'oppression.

8. Quant à la France, la liberté « d'opinion même religieuse », la liberté de conscience puis le libre exercice des cultes ont été proclamés respectivement par l'article 10 de la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen* de 1789 et par l'article 1^{er} de la loi de 1905 qui sépare les Églises et l'État, ces deux dispositions étant désormais intégrées au bloc de constitutionnalité¹¹. Les horreurs de la Seconde Guerre mondiale, la décolonisation et le souvenir des persécutions religieuses expliquent aussi que, dès son premier article, la Constitution de 1958 rappelle à nouveau que « [l]a France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. [...] ».

9. La définition française du libéralisme est donc différente de celle du Canada. Dans cette perspective constitutionnelle, les individus ne peuvent se voir renvoyés à une identité figée alors que la laïcité, elle, est considérée comme un élément constitutif de l'identité juridique de la France¹².

10. Depuis 1974, la France a aussi ratifié la *Convention européenne des droits de l'homme* dont l'article 9 consacre, pour toute personne, le droit à

9. Trudeau, *supra* note 6, p. 388.

10. Will Kymlicka, « Tester les limites du multiculturalisme ? Le cas des tribunaux religieux en droit familial », 2007.

11. Conseil constitutionnel français, décision n° 2012-297 QPC, 21 février 2013, cons. 5.

12. En Droit de l'Union européenne, le principe de laïcité est considéré comme un élément de l'identité constitutionnelle de la France. Ainsi, même si le droit européen prime sur le droit interne, l'Union a le devoir de respecter l'identité nationale inhérente aux structures fondamentales politiques et constitutionnelles des États membres (*Traité sur l'Union européenne*, art. 4). Par exemple, dans ses conclusions du 31 mai 2016 dans l'affaire *Achtiba* concernant le licenciement d'une femme souhaitant porter un voile musulman par une entreprise belge, l'avocate générale Juliane Kokott explique la position de la France en vertu de laquelle le champ d'application du droit de l'Union européenne « est limité, concernant le service public, par le principe de laïcité, consacré par la Constitution française » (Cour de Justice de l'Union Européenne, *Samira Achbita c. G4S Secure Solutions*, n° C-157/15, 14 mars 2017).

la liberté de pensée, de conscience et de religion et, à l'article 14, le droit à la jouissance des droits reconnus par la Convention sans distinction aucune, fondée notamment sur la religion. En France, cette convention a une valeur supérieure à la loi¹³.

11. D'emblée, malgré leurs différences, le multiculturalisme canadien¹⁴ et la laïcité française reposent donc sur un même socle : la reconnaissance et le respect, notamment en matière de conscience et de religion, de la liberté et de l'égalité de tous les citoyens et de toutes les citoyennes par la consécration de droits fondamentaux individuels.

12. Cette visée éthique commune, toujours malgré leurs différences, participe incontestablement de la grandeur de ces deux modèles. Toutefois, ces dernières années, le multiculturalisme canadien et la laïcité française doivent faire face à des défis qui présentent des points communs et qui suscitent parfois de profonds malaises¹⁵ au sein de la société.

13. Le premier malaise est à mettre en lien avec l'individualisme triomphant issu de la morale sécularisée centrée sur la protection des libertés et droits individuels constitutionnellement consacrés. En effet, en raison de cette morale, si, d'un point de vue positif, les personnes « ne sont plus sacrifiées sur l'autel des valeurs prétendument sacrées qui les transcendent¹⁶ », d'un point de vue négatif, ce « désenchantement du monde¹⁷ » a aussi pour effet de favoriser « un repliement sur soi¹⁸ » et sur sa conception personnelle de la vie bonne tout en suscitant un désinvestissement de la sphère politique¹⁹. Au sein de l'État multiculturel canadien, cette situation rend

13. Constitution française du 4 octobre 1958, art. 55.

14. Kymlycka, *supra* note 10, par. [8] et [9] : le multiculturalisme canadien repose « sur le principe que tous les individus doivent être libres de choisir eux-mêmes si et comment ils expriment leur identité religieuse et [culturelle] ainsi que sur le principe que tous les groupes doivent respecter les valeurs libérales de base de droits de l'homme et de démocratie ». Cette conception se distingue du modèle traditionaliste et communautarien du multiculturalisme « fondé sur le principe du relativisme culturel [où] chaque groupe doit être en mesure de pratiquer ses propres coutumes [...] qu'elles respectent ou non les principes de liberté individuelle, de droits de l'homme et de démocratie. »

15. Sur ces questions, voir l'ouvrage traduit en français de Charles Taylor, *Grandeur et misère de la modernité*, 1992. Voir aussi ce même livre et son titre en anglais, *The Malaise of Modernity*, 1991.

16. *Ibid.*, p. 12.

17. Marcel Gauchet, *Parcours de la laïcité. La religion dans la démocratie*, 1998.

18. Taylor, *supra* note 15, p. 15.

19. *Ibid.*, p. 12-15.

difficile les échanges entre les citoyens ainsi que l'intégration et la participation active de tous et de toutes au sein des institutions publiques communes. Quant à l'État laïque français, c'est l'attachement national à une morale commune universaliste et rationaliste qui s'en trouve fragilisé²⁰.

14. Le second malaise résulte de certaines tensions identitaires dans l'espace public que les États canadien et français peinent parfois à apaiser.

15. Tout d'abord, au Canada et en France, il peut arriver qu'un même discours dresse des identités minoritaires de toute nature à une majorité dominante, présentée comme opprimante. Au sein de l'État multiculturel canadien, ce sont les nombreux accommodements accordés à ces identités minoritaires qui ont pu être dénoncés, tout particulièrement au Québec au moment de la « crise » politique des accommodements raisonnables de 2006 à 2008²¹. Certains groupes expriment alors le sentiment d'être les victimes de l'idéologie antidiscriminatoire du multiculturalisme. Selon eux, cette idéologie déconstruit les prétentions majoritaires légitimes et dénationalise la citoyenneté historique canadienne de culture anglaise et protestante, mais aussi française et catholique, au nom d'une lutte aveugle contre le colonialisme, le racisme et le sexisme soi-disant institutionnalisés²². En France, l'État laïque est aussi ébranlé par les minorités revendiquant leur orientation sexuelle, leur genre, leur race ou leur religion qui mettent « en question l'universalisme "républicain" comme le masque hypocrite de la domination de la majorité (blanche, masculine, chrétienne, etc.)²³ ».

16. Ensuite, au sein du Canada, se pose aussi la difficile question du respect et de la reconnaissance de l'identité nationale québécoise dont les valeurs particulières s'expriment, au niveau provincial, dans deux textes fondamentaux : d'une part, dans la *Charte des droits et libertés de la personne*²⁴, une loi dite « quasi constitutionnelle » adoptée par l'Assemblée nationale du Québec le 27 juin 1975 et s'inscrivant de manière générale dans un modèle plutôt différentialiste ; d'autre part, désormais, dans la *Loi sur la laïcité de*

20. Philippe Raynaud, *La laïcité. Histoire d'une singularité française*, 2019.

21. Sur cette question, voir Daniel Weinstock, « La « crise » des accommodements au Québec : hypothèses explicatives », 2007 ; Charles-Philippe Courtois, « La nation québécoise et la crise des accommodements raisonnables : bilan et perspectives », 2010.

22. Mathieu Bock-Côté, « Le multiculturalisme d'État et l'idéologie antidiscriminatoire », 2009.

23. *Ibid.*, p. 168.

24. *Charte des droits et libertés de la personne*, R.L.R.Q., c. C-12 (ci-après « *Charte québécoise* »).

l'État, adoptée par cette même assemblée le 16 juin 2019²⁵ et participant, sur la question très spécifique du port des signes religieux par les représentants de l'État, d'un modèle plus universaliste²⁶. Au Canada, cette exigence de respect et de reconnaissance de nations aux caractéristiques propres existe également à l'égard des peuples autochtones. En effet, tout particulièrement depuis le rapport de décembre 2015 de la Commission de vérité et réconciliation²⁷, l'État fédéral canadien, sur cette question qui relève de sa compétence²⁸, intervient de manière active pour que soient reconnues leurs spécificités et leur participation légitime au sein des institutions mais aussi pour que soient réparés les préjudices résultant des violences discriminatoires qui leur ont été infligées par le passé.

17. Le troisième et dernier malaise est à mettre en lien avec l'épineuse question de l'intégration au sein des sociétés canadienne et française de l'Islam et des musulmans, « perçus comme les plus susceptibles d'être engagés culturellement et religieusement dans des pratiques non libérales ou de soutenir des mouvements politiques non démocratiques²⁹ ». Au Canada et en France, ce malaise est d'autant plus intense qu'il se vit dans le contexte anxigène du terrorisme antimusulman pour le premier, et essentiellement

25. *Loi sur la laïcité de l'État*, R.L.R.Q., c L-0.3. Cette loi fondamentale, dès ses premières lignes, énonce que « [c]onsidérant que la nation québécoise a des caractéristiques propres, dont sa tradition civiliste, des valeurs sociales distinctes et un parcours historique spécifique l'ayant amenée à développer un attachement particulier à la laïcité de l'État. »

26. Il est important de noter que, dans la *Loi sur la laïcité de l'État*, les articles 33 et 34 sont des clauses de dérogation qui, respectivement, par un renvoi à l'article 52 de la *Charte québécoise* et à l'article 33 de la *Charte canadienne*, ont pour effet de soustraire cette loi à un contrôle judiciaire fondé sur certaines dispositions des chartes, comme, par exemple, les articles 3 et 10 de la *Charte québécoise* et 2 et 15 de la *Charte canadienne*, protégeant l'expression libre et égalitaire de sa religion et de sa culture par des signes distinctifs. Ces clauses, sur la question spécifique du port des signes religieux par les représentants de l'État, visent à neutraliser la dynamique plus différentialiste de la *Charte canadienne* et de la *Charte québécoise*.

27. Les travaux de la Commission de vérité et réconciliation du Canada ont officiellement débuté en 2008, dans le cadre de la Convention de règlement relative aux pensionnats indiens. D'abord et avant tout mise en œuvre pour guider les Canadiens dans la découverte des dures réalités du système de pensionnats indiens, la Commission a tenté de jeter les assises d'une réconciliation durable partout au Canada et a finalement déposé son rapport en décembre 2015. Il est possible de consulter en ligne le rapport final : <<http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/index.php?p=891>>.

28. Au Canada, au regard du partage des compétences entre l'État fédéral et les provinces, il est important de noter que la question des peuples autochtones relève de l'autorité législative du parlement du Canada : voir *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n°5, art. 91(24) (ci-après « *Loi constitutionnelle de 1867* »).

29. Kymlicka, *supra* note 10, par. [23].

du terrorisme islamiste pour la seconde. Face à cette situation complexe, le plus souvent, le malaise se cristallise autour des enjeux soulevés par le voile, intégral ou non, porté par des femmes musulmanes. Deux questions se posent alors : au nom du droit à la liberté de religion, cette pratique doit-elle être encadrée, tout particulièrement dans l'espace public et, si tel est le cas, comment ? Pour y répondre, que ce soit au sein de l'État multiculturel libéral canadien ou de l'État républicain laïque français, deux courants s'opposent. Un premier courant insiste sur l'idée que l'encadrement de l'exercice de la liberté de religion des femmes musulmanes qui le portent nécessite des réponses contextuelles qui doivent articuler au mieux les trois piliers fondamentaux que sont le droit à la liberté de conscience et de religion, le respect du pluralisme et la neutralité de l'État. Un second courant invoque plutôt des valeurs nationales fondamentales, notamment celle visant à assurer l'égalité entre les hommes et les femmes au sein de la société, pour limiter *a priori* le port de signes religieux.

18. C'est autour de ces grandeurs et misères communes auxquelles sont confrontés le droit du multiculturalisme canadien et celui de la laïcité française qu'est construit cet ouvrage, mais aussi de la constatation que c'est le choix (noble mais difficile) du respect du pluralisme qui expose à la critique ces deux modèles juridiques. Toutefois, comme la question du droit à l'épreuve du pluralisme peut être envisagée de manière très large, en incluant notamment les enjeux juridiques en lien avec la langue, la race, l'identité sexuelle, le genre ou le handicap, l'objet de cet ouvrage a été bien délimité.

19. Tout d'abord, cette étude propose, sans prétendre à l'exhaustivité, des éléments de comparaison entre le droit canadien et le droit français sur la question de l'appréhension juridique des différentes manières de comprendre le monde qui s'expriment au sein de leur société, qu'elles soient religieuses, philosophiques et/ou culturelles. En lien avec cette question, elle considère tout particulièrement les textes de droit constitutionnel canadien et français ainsi que l'interprétation qu'en proposent leurs hautes cours, comme la Cour suprême au Canada, d'une part, et le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État en France, d'autre part. Pour le Canada,

l'analyse juridique porte plus spécifiquement sur les articles 1³⁰, 2a³¹, 15³², 27³³ et plus ponctuellement sur l'article 35³⁴ de la *Charte canadienne*. Cet ouvrage ne vise donc pas à comparer le droit fédéral canadien du multiculturalisme avec le droit provincial québécois de la laïcité, qui émerge depuis l'adoption de la *Loi sur la laïcité de l'État* en 2019³⁵. Ce livre ne contient que des références ponctuelles à cette loi, s'il y a lieu, pour mieux préciser les points communs ou les différences entre le droit canadien et le droit français ou pour mettre en perspective certains contenus de la *Loi sur la laïcité de l'État* par rapport aux deux droits sur lequel porte spécifiquement la comparaison³⁶.

-
30. *Charte canadienne*, art. 1 : « 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. »
31. *Charte canadienne*, art. 2a) : « Chacun a les libertés fondamentales suivantes : a) liberté de conscience et de religion [...] »
32. *Charte canadienne*, art. 15 : « (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. (2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques. »
33. *Charte canadienne*, art. 27 : « Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens. »
34. *Charte canadienne*, art. 35 : « (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés. (2) Dans la présente loi, “*peuples autochtones du Canada*” s'entend notamment des Indiens, des Inuits et des Métis du Canada. (3) Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis. » (4) Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits — ancestraux ou issus de traités — visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes.
35. Il est important de noter que la *Loi sur la laïcité de l'État* a déjà fait l'objet de contestation devant les tribunaux et que la jurisprudence qui porte sur son interprétation est en cours d'élaboration. Une première décision a été rendue par la Cour supérieure du Québec. Voir *Hak c. Procureur général*, 2021 QCCS 1466. Cette décision a été portée en appel. Un jugement a été rendu le 29 février 2024. Voir *Organisation mondiale sikhe du Canada c. Procureur général du Québec*, 2024 QCCA 254. La Cour suprême du Canada a accepté d'accueillir la contestation de cette loi le 23 janvier 2025.
36. Dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, la distribution des pouvoirs législatifs est organisée par l'article 91 (compétences du Parlement du Canada) et par l'article 92 (compétences des législatures provinciales). Dans les deux listes dressées par ces deux articles, la compétence sur les matières relevant de la liberté de conscience et de religion n'est pas envisagée, ce qui laisse penser qu'il s'agit d'une compétence partagée entre l'État fédéral et les provinces.

20. Ensuite, tout en ne négligeant pas les divergences entre le droit canadien et le droit français, cet ouvrage a fait le choix de se concentrer sur le sens juridique qui est reconnu tant au Canada qu'en France, à ce qui constitue leur socle commun, à savoir, la liberté (**Chapitre 1**) et l'égalité (**Chapitre 2**). En effet, c'est par ce prisme juridique que s'expriment les malaises contemporains du multiculturalisme canadien et de la laïcité française. C'est aussi par ce prisme juridique que se manifeste la visée éthique commune de ces deux modèles juridiques : assurer la paix sociale dans le respect des différentes compréhensions du monde qui s'expriment dans la société.

21. Or, au sein des ordres juridiques québécois et français, comment la liberté et l'égalité sont-elles censées y contribuer ? À partir de quelle(s) compréhension(s) et avec quelles limites ? Enfin, à partir de ces compréhensions juridiques de la liberté et de l'égalité, au Canada et en France, quelle posture l'État doit-il adopter pour maintenir des liens entre les citoyens et les citoyennes ? Ultimement, de quelle manière doit-il intervenir pour assurer le respect du principe de fraternité ? (**Chapitre 3**)

CHAPITRE 1

Liberté

22. En tant que démocraties libérales, l'un des premiers engagements du Canada et de la France est de reconnaître et d'assurer la liberté individuelle de tous les citoyens et de toutes les citoyennes, notamment au niveau de leur liberté de conscience et de religion. Leurs textes constitutionnels traduisent bien cet engagement. En effet, le Canada et la France ont en commun d'avoir proclamé dans des chartes ou déclarations le nécessaire respect de la liberté de tout individu et d'avoir ratifié les principaux instruments internationaux qui protègent les différentes déclinaisons de cette liberté de pensée, de croyances et d'opinions, permettant de croire ou de ne pas croire mais aussi de douter ou d'être indifférent, selon sa propre représentation du monde.

23. À bien des égards, cet attachement commun du Canada et de la France à la liberté individuelle manifeste leur enracinement dans une même tradition philosophique, politique et juridique libérale, marquée par une double caractéristique : premièrement, une rupture historique au cours du xvii^e et du xviii^e siècles avec une organisation organique et hiérarchique de la société où « une vision théologique de l'histoire humaine [...] [définissait, dès la naissance,] le rang social de l'individu, la manière dont celui-ci [devait] se comporter ainsi qu'un ensemble de droits et de devoirs qui lui incomb[aient]¹ » ; deuxièmement, une insistance sur l'individualité qui a permis d'intégrer, au sein de la société, tous les citoyens et toutes les citoyennes sur un pied d'égalité en les reconnaissant libres d'entretenir des liens avec la culture, la philosophie de vie et la religion de leur choix.

24. Cette attention toute particulière portée à l'individu a conduit le droit canadien et le droit français à protéger de manière spécifique leur for intérieur, en tant que « lieu intime de l'examen individuel (débat, cas de conscience) d'où [s'exprime] l'aptitude [du sujet] à se connaître, à se juger et à se déterminer soi-même [...] »². En effet, en consacrant la liberté de

1. Paul May, *Philosophies du multiculturalisme*, 2016, p. 14.

2. Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique. Association Henry Capitant*, 2007, *sub verbo* « Conscience ».

l'individu en son for intérieur, reconnue au travers d'une grande diversité des termes, comme, par exemple, liberté convictionnelle, liberté de pensée, liberté de culte, liberté religieuse ou de religion, ces deux droits se sont efforcés, plus fondamentalement, d'assurer la liberté de la conscience³ de l'individu en lui reconnaissant, selon Dominique Avon, plusieurs capacités : tout d'abord, la capacité de penser à partir du lieu intime de la conscience c'est-à-dire d'avoir sa propre vision métaphysique du monde⁴ ; ensuite, la capacité de poser des gestes et d'avoir des paroles conformes à cette représentation de l'existence ; de ce fait, la capacité de vouloir, d'agir et d'établir ou de révoquer des relations avec les autres humains, selon cette représentation de l'existence ; enfin, s'il y a lieu, la capacité de contester un représentant d'un pouvoir au sein d'un groupe identifié⁵.

25. Dans les démocraties libérales canadiennes et françaises, la liberté de la conscience représente donc pour tout individu un pouvoir de penser et d'agir en fonction d'une représentation personnelle du monde qui, parce qu'elle est soumise à l'examen intérieur, peut toujours évoluer. D'une certaine façon, comme a pu l'écrire John Stuart Mill, au sein d'une démocratie, cette liberté vise à garantir l'élévation morale, intellectuelle et sociale des individus⁶.

26. En conséquence, en lien avec cette philosophie libérale commune, tant en droit canadien qu'en droit français, le lieu intime de la conscience est protégé par un droit absolu d'avoir des pensées, des opinions ou des croyances personnelles (1.). Toutefois, lorsque, à partir du lieu intime de la conscience, des paroles, des gestes, des comportements ou des pratiques sont mises en œuvre, ceux-ci ne peuvent plus recevoir cette protection absolue, à la fois par respect pour l'expression des libertés des autres citoyens et citoyennes mais aussi, dans certains cas, pour préserver l'ordre

3. Dominique Avon, *La liberté de conscience : histoire d'une notion et d'un droit*, 2020, p. 17. Selon cet auteur, la notion de liberté de conscience est plus large que celle de la liberté religieuse puisqu'elle n'est pas limitée à la croyance « le plus souvent à un nombre réduit de confessions. »

4. Pour Dominique Avon, *ibid.*, la consécration de la liberté de la conscience est ainsi dépendante de la « reconnaissance de la personne humaine en tant que "sujet pensant". »

5. *Ibid.* C'est ainsi que, pour Dominique Avon, la reconnaissance de la personne en tant que sujet capable de penser n'est pas suffisante. Quatre autres conditions sont également nécessaires à l'existence de la liberté de la conscience : « l'existence d'un lieu en lui-même où prend naissance son geste et sa parole, la capacité de sa volonté, le choix de l'établissement ou de la révocation de relations avec les autres humains, la potentialité de la contestation du représentant d'un pouvoir au sein d'un groupe identifié ».

6. John Stuart Mill, *De la liberté (1859)*, 1990.

démocratique et libéral des sociétés canadiennes et françaises. Dans de telles circonstances, le droit canadien et le droit français interviennent alors pour encadrer l'expression extérieure de la liberté de la conscience en lui imposant certaines limites (2.)

1. LE DROIT D'AVOIR DES PENSÉES, DES OPINIONS ET DES CROYANCES : UN DROIT ABSOLU

27. En raison de l'enracinement du droit canadien et du droit français dans une même tradition libérale, le droit d'avoir des pensées, des opinions et des croyances présente plusieurs caractéristiques communes (1.1.). Toutefois, malgré ce même fondement, l'individu, titulaire de ce droit, n'est pas envisagé de manière semblable. Ses représentations du monde, la philosophie de vie qui en découle mais aussi la manière dont il les façonne ou dont elles sont susceptibles de le façonner y sont appréhendées de manière distincte (1.2.).

1.1. AU CANADA ET EN FRANCE : UN DROIT AUX CARACTÉRISTIQUES COMMUNES

28. Au Canada et en France, le droit d'avoir des pensées, des opinions et des croyances est un droit indérogeable : il implique pour tout individu le droit de les choisir librement (1.1.1.) ainsi que de les changer (1.1.2.).

1.1.1. Le droit de choisir librement ses pensées, opinions et croyances

29. Tant en droit canadien qu'en droit français, le processus qui aboutit à la conviction « est, par lui-même, hors de portée de toute contrainte extérieure (hors cas de manipulation mentale) et doit bénéficier d'une protection absolue⁷. » Comme a pu l'affirmer le juge Dickson dans la décision *R. c. Big R. Drug Mart* : « [l]es valeurs qui sous-tendent nos traditions politiques et philosophiques exigent que chacun soit libre d'avoir [...] les croyances et les opinions que lui dicte sa conscience⁸ ».

30. Au Canada et en France, chacun est donc libre, dans l'intimité de sa conscience, de penser ou croire ce qu'il veut. En outre, comme « la liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte, [s]i une personne est astreinte par l'État ou par la volonté d'autrui

7. Grégor Puppincq, « Objection de conscience et droits de l'homme : Essai d'analyse systématique », 2016, p. 220.

8. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, par. [123]

à une conduite que, sans cela, elle n'aurait pas choisi d'adopter, cette personne n'agit pas de son propre gré et on ne peut pas dire qu'elle est vraiment libre⁹. » De ce fait, nul ne peut être obligé ni de formuler une croyance religieuse ou une pensée philosophique, ni de révéler sa conviction profonde, ni d'en changer¹⁰. En résumé, au Canada et en France, « la conscience de chacun est une affaire personnelle, et l'affaire de nul autre¹¹. »

31. En droit canadien et en droit français, la protection de la liberté de formuler les pensées, opinions et croyances de son choix est également considérée comme absolue dans le temps. C'est ainsi que, alors même que la personnalité juridique s'éteint avec le décès, le droit d'avoir des pensées, opinions et croyances doit être respecté après la mort de son titulaire¹² : il entraîne l'obligation d'organiser les funérailles selon les dernières volontés religieuses, spirituelles ou civiles du défunt qui les a exprimées¹³.

32. Le droit d'avoir des opinions, des pensées et des croyances consacre donc pour l'individu le droit de mener « sa vie de l'intérieur » conformément à ce qui, selon lui, « donne à une vie sa valeur¹⁴ ». Il lui permet de définir des impératifs de conscience ou une éthique personnelle à partir de pensées, d'opinions ou de croyances issues d'une religion ou d'une morale séculière¹⁵. En d'autres termes, il consacre la reconnaissance et le respect intégral du libre arbitre permettant à tout individu de croire, de ne pas croire, de douter, de s'opposer ou de se désintéresser de la question religieuse.

9. *Ibid.* au par. [95]. Voir aussi par. [94] et [95] : « Le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse [...] La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte.

10. *Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État*, art. 31.

11. *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834, p. 840.

12. Christine Morin, « Les funérailles. Réflexions sur les conséquences du passage d'une responsabilité familiale vers une obligation successorale », 2014.

13. Code civil du Bas-Canada, art. 21 ; *Loi française du 15 novembre 1887 sur la liberté de funérailles*, art 3.

14. Will Kymlicka, *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit des minorités*, 2017, p. 122.

15. Le Conseil constitutionnel français protège la liberté de conscience dans sa double dimension religieuse et philosophique (Conseil constitutionnel français, décision n° 2001-446 DC, 27 juin 2001 et décision n°2017-695 QPC, 29 mars 2018). Pour une distinction entre la dimension religieuse et philosophique de la liberté de conscience, voir le site du Conseil constitutionnel : <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution/la-liberte-de-conscience>>. La Cour suprême du Canada a pu également affirmer que « [h]istoriquement, la foi et la pratique religieuses sont, à bien des égards, des archétypes des croyances et manifestations dictées par la conscience et [qu'] elles sont donc protégées par la *Charte*. La même protection s'applique, pour les mêmes motifs, aux expressions et manifestations d'incroyance et au refus d'observer les pratiques religieuses. » (Décision *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra* note 8, par. [123]).

33. Ce droit de choisir librement ses opinions, pensées et croyances est aussi complété par le droit de les changer librement.

1.1.2. Le droit de changer librement ses pensées, opinions et croyances

34. Au Canada et en France, le droit d'avoir des pensées, des opinions et des croyances s'accompagne pour les individus de la possibilité de les remettre en cause et de les modifier en fonction des nouvelles conceptions qu'ils peuvent se faire de la vie bonne.

35. Au Canada, le juge Iacobucci, dans la décision *Syndicat Northcrest c. Amselem*¹⁶, a ainsi pu rappeler ce droit au changement en expliquant que

[t]out comme une personne change au fil des ans, ses croyances peuvent elles aussi changer. De par leur nature même, les croyances [...] sont fluides et rarement statiques. Il peut [alors] fort bien arriver que le lien ou les rapports d'une personne avec le divin ou avec le sujet ou l'objet de sa foi spirituelle [...] changent et évoluent avec le temps.

36. Quant à la France, c'est par le biais des règles juridiques supranationales européennes que ce droit est reconnu, notamment avec l'article 9 de la *Convention européenne des droits de l'Homme* et l'article 10 de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*. Dans ces textes, « la liberté de changer de religion ou de conviction » y est consacrée de manière absolue.

37. Afin de préserver pour un individu le droit de changer librement ses pensées, opinions et croyances, il est aussi important de noter que, au Canada, lors d'un litige donné, un juge ne peut refuser de les protéger au motif qu'elles ont pu être différentes dans le passé. Par exemple, dans la décision *R. c. N.S.*¹⁷, le juge présidant l'enquête préliminaire avait pu considérer que la croyance d'une plaignante n'était pas « assez forte » et que, de ce fait, elle ne pouvait relever de la protection du droit à liberté de religion : en l'espèce, dans le cadre d'un procès criminel, cette justiciable musulmane voulait témoigner en portant un niqab alors que, par le passé, elle avait accepté de le retirer pour faire la photo de son permis de conduire. Dans sa décision, la juge McLachlin a pu considérer que l'argument invoqué par le juge ne faisait pas sens. Selon elle, « un témoin ne devrait pas être privé du droit d'invoquer [une protection juridique constitutionnelle] simplement

16. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, par. [53].

17. *R. c. N.S.*, [2012] 3 R.C.S. 726.

parce qu'il a fait ce qui semblait être un compromis [avec ses croyances] dans le passé pour participer à un aspect de la vie en société¹⁸. »

38. Ce type de situation serait inenvisageable en France où la dissimulation du visage est même interdite. Cependant, dans le cadre du multiculturalisme canadien comme dans celui de la laïcité française, le droit d'avoir des opinions, des pensées et des croyances permet aux individus, par leur jugement personnel, de déterminer et de modifier par eux-mêmes, s'il y a lieu, les valeurs qui fondent leurs perceptions du monde, que celles-ci s'enracinent dans la foi en l'existence d'une transcendance ou non. Plus fondamentalement, ce droit repose sur le principe selon lequel « la possibilité qu'a chaque citoyen de prendre des décisions libres et éclairées constitue la condition *sine qua non* de la légitimité, de l'acceptabilité et de l'efficacité [du] système d'auto-détermination¹⁹ » individuel qui s'impose tant au Canada qu'en France.

39. À bien des égards, pour le Canada et la France, la reconnaissance de ce droit à l'autodétermination participe de leur souci commun de respecter la dignité humaine. Par exemple, comme a pu l'affirmer la juge Bertha Wilson dans la décision *R. c. Morgentaler*, en envisageant, de manière générale, le droit à la liberté consacré à l'article 7 de la *Charte canadienne* :

un aspect du respect de la dignité humaine sur lequel la Charte est fondée est le droit de prendre des décisions personnelles fondamentales sans intervention de l'État [et d'en changer]. Ce droit constitue une composante cruciale du droit à la liberté [...] [B]ien interprété, [il] confère à l'individu une marge d'autonomie dans la prise de décisions d'importance fondamentale pour sa personne²⁰.

40. Parmi celles-ci figurent bien sûr, plus particulièrement, celles d'avoir des pensées, des opinions, des croyances, ou pas, et d'être attaché ou non à une représentation métaphysique particulière du monde, protection assurée par l'article 2a) de la *Charte canadienne* mais aussi par des textes juridiques de source provinciale, comme, par exemple, l'article 3 de la *Charte québécoise* reconnaissant « toute personne [...] titulaire de libertés fondamentales telles la liberté de conscience [et] la liberté de religion [...] »

18. *Ibid.*, par. [13].

19. *R. c. Big M. Drug Mart Ltd.*, *supra* note 8, par. [122].

20. *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S 30, par. [228].

41. Dans leur compréhension du droit d'avoir des pensées, opinions et croyances, le droit canadien et le droit français s'enracinent donc dans une tradition libérale commune, soucieuse de préserver l'intimité de la conscience de chaque individu ainsi que les opinions, pensées ou croyances qui s'y manifestent. Toutefois, l'appréhension de l'individu et de ce qu'il exprime n'est pas tout à fait la même au Canada et en France.

1.2. AU CANADA ET EN FRANCE : DEUX DROITS AVEC UNE APPRÉHENSION DISTINCTE DE LA RELIGION

42. Si le droit canadien a pu appréhender les pensées, les opinions et les croyances comme celles d'un individu raisonnable, autonome et indépendant tout en affirmant l'égalité des convictions philosophiques et religieuses de chaque citoyen, depuis les années 80 et l'avènement des chartes, il s'efforce davantage de les saisir comme le fruit de l'expérience singulière d'une personne inscrite dans un contexte historique, culturel, social et politique unique (1.2.1.). Le droit français, quant à lui, se caractérise par le refus de définir juridiquement la philosophie ou la religion de l'individu par souci de neutralité. Dès lors, ce sont les convictions qu'il appréhende, sans faire de distinction selon qu'elles soient philosophiques ou religieuses. Elles sont saisies comme l'acte libre et rationnel de la volonté de l'individu (1.2.2.).

1.2.1. Au Canada : une personnalisation progressive de la religion

43. Au fil du temps, le droit canadien a approfondi sa compréhension de la religion et, plus précisément, des représentations métaphysiques du monde de l'individu, titulaire du droit d'avoir des opinions, des pensées et des croyances.

44. Dans un premier temps, au cours d'une période allant très largement du XIX^e siècle à la moitié du XX^e siècle, ce droit relevait de la liberté de conscience et de religion ainsi que de la liberté de culte qui avaient été octroyées par la reine d'Angleterre à ses sujets au travers de lois ordinaires. Comme a pu le relever le juge Dickson dans la décision *R. c. Big M. Drug Mart Ltd*²¹, dès 1851, la législature de la Province du Canada avait adopté une loi énonçant que :

21. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra* note 8.

[...] *the free exercise and enjoyment of religious profession and worship, without discrimination or preference [...] is by the constitution and laws of this Province allowed to all Her Majesty's subjects within the same*²².

45. À l'époque, l'octroi de ces libertés était motivé par le souci de trouver un équilibre entre les croyants des différentes communautés de la colonie, notamment entre les protestants, les catholiques, les presbytériens, les congrégationnistes et les méthodistes²³. Il l'était aussi en raison d'un respect grandissant pour la conscience individuelle que le pouvoir coercitif de l'État ne devait pas brimer au risque de « déshono[rer] le Dieu qui en avait doté ses créatures²⁴. »

46. Le droit d'avoir des pensées, des opinions et des croyances s'inscrivait alors dans la tradition britannique des libertés civiles²⁵ visant à fonder une communauté politique assurant l'intégration de tous les citoyens²⁶ puis de toutes les citoyennes²⁷ envisagés comme des individus distincts, égaux, indépendants et libres, certes par rapport à l'État mais aussi par rapport aux communautés à caractère religieux. Cette liberté protégeait ainsi les pensées, opinions et croyances des membres de toutes les communautés, même minoritaires, en les reconnaissant désormais comme le fruit de leur jugement individuel. Elle préservait aussi celles des agnostiques et des athées qui, dès lors, progressivement, au nom du respect de leur conscience individuelle, ont pu s'émanciper des communautés à caractère religieux et affirmer leur manière singulière d'appréhender le monde.

47. Cette perspective est bien résumée par le juge en chef Taschereau dans la décision *Saumur et al. v. Procureur général du Québec* rendue

22. *An Act to Repeal an Act as related to Rectories*, 14 & 15 Vict., 1851 (Can.), ch. 175.

23. Sur cette question, voir David Gilles, « Confronter les normes aux revendications religieuses : les débats judiciaires à Montréal (1764-1900) », 2013.

24. Dans cette perspective, voir les propos du juge Dickson dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra* note 8, par. [120].

25. Commission canadienne des droits de la personne, *L'évolution des droits de la personne au Canada*, 2012, en ligne.

26. *Slavery Abolition Act 1833* (3 & 4 Will. IV c. 73).

27. Au niveau fédéral, le droit de vote des femmes a été reconnu en 1918 : voir *Loi ayant pour objet de conférer le droit de suffrage aux femmes*, Statuts du Canada 1918, c. 20. Au Québec, au niveau provincial, il ne l'a été qu'en 1940 : voir *Loi accordant aux femmes le droit de vote et d'éligibilité*, Statuts du Québec, 1940, c. 7.

le 28 janvier 1964²⁸. Reprenant l'analyse qui avait été la sienne dans *Chaput c. Romain*²⁹, il affirme que :

[d]ans notre pays, il n'existe pas de religion d'État. Personne n'est tenu d'adhérer à une croyance quelconque. Toutes les religions sont sur un pied d'égalité, et tous les catholiques comme d'ailleurs tous les protestants, les juifs, ou les autres adhérents des diverses dénominations religieuses, ont la plus entière liberté de penser comme ils le désirent. La conscience de chacun est une affaire personnelle, et l'affaire de nul autre. Il serait désolant de penser qu'une majorité puisse imposer ses vues religieuses à une minorité. [...]³⁰

48. Dans un second temps, à partir des années 80, si le droit à la liberté de conscience et de religion demeure toujours celui d'un individu distinct, indépendant et libre, l'appréhension de ce dernier s'est transformée peu à peu. C'est ainsi que la jurisprudence constitutionnelle canadienne a commencé à le saisir de manière plus concrète, non plus comme un individu abstrait, mettant en œuvre sa seule raison mais aussi comme une personne singulière constituant un tout et exprimant des sentiments et des émotions à partir d'un contexte historique, culturel, social et politique particulier. En raison de cette concrétisation progressive de l'individu, sa religion et, plus fondamentalement, sa représentation métaphysique du monde, elle aussi, y ont été identifiées de manière plus personnalisée, à la fois dans sa dimension intérieure et communautaire, contrairement à la France.

49. Tout d'abord, cette évolution peut être mise en évidence au travers de la notion de foi spirituelle que la Cour suprême du Canada a pu développer au fil de ses décisions. Consacrée dans la décision *Syndicat Northcrest c. Amselem*³¹, la haute cour en propose une approche originale.

50. Dans sa dimension intérieure, la foi spirituelle est ainsi appréhendée comme le fruit d'une expérience sincère qui présente un caractère religieux³² dans la mesure où elle manifeste « l'existence d'une puissance divine, surhumaine ou dominante³³ » et crée « un lien personnel avec le divin ou avec le

28. *Saumur et al. v. Procureur général du Québec*, [1964] S.C.R. 252.

29. *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S 834 à 840, 114 C.C.C. 170, 1 D.L.R. (2d) 241, *supra* note [11].

30. *Saumur et al. v. Procureur général du Québec*, *supra* note 28, p. 256.

31. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, *supra* note 16.

32. *Ibid.*, par. [69] : la personne « croit sincèrement qu'une certaine pratique ou croyance possède, suivant son expérience, une nature religieuse. »

33. *Ibid.*, par. [39]

sujet ou l'objet de sa foi spirituelle³⁴ » avec lequel la personne peut communiquer³⁵. Pour la Cour suprême du Canada, cette expérience religieuse est aussi généralement à la source de « croyances intimes profondes qui régissent la perception qu'on a de soi, de l'humanité, de la nature et, dans certains cas, d'un être supérieur ou différent³⁶. » En d'autres termes, ces « profondes croyances ou convictions volontaires [...] sont intégralement liées à la façon dont [la personne] se définit et s'épanouit spirituellement³⁷. »

51. Avec la notion de foi spirituelle, en droit canadien, le for intérieur n'est donc plus seulement considéré comme le lieu de l'expression rationnelle du libre arbitre et de la volonté de l'individu. Il est aussi celui des émotions, des sentiments et des expériences intimes de la personne humaine à partir desquels elle construit une manière unique d'être au monde et façonne une identité singulière faisant d'elle un être unique à la dignité intrinsèque. Pour le droit canadien, du for intérieur de la personne émergent donc des pensées, des opinions et des croyances qui constituent, plus fondamentalement, une « identité individualisée [sincère], particulière à [la] personne [qui] la découvre en [elle-] même³⁸ » au fil de ses expériences de vie. La foi spirituelle de la personne et les opinions, pensées et croyances qui en émanent participent donc de ses expériences et, à la fois volontaires et profondes, elles structurent son identité personnelle tout en contribuant à son épanouissement.

52. Dans la jurisprudence constitutionnelle canadienne, cette identité personnelle traduisant une compréhension métaphysique singulière du monde est aussi envisagée dans sa dimension culturelle et communautaire. Comme a pu le noter la juge en chef McLachlin dans la décision *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, « [l]a religion est une question de foi, intimement liée à la culture. Elle est de nature individuelle, quoique profondément communautaire³⁹ ».

53. À bien des égards, dans cette jurisprudence, le terme de culture renvoie à ce que l'auteur Paul May définit comme « un ensemble de signes, de valeurs et de croyances, de conventions sociales et de traditions communes

34. *Ibid.*, par. [56]

35. *Ibid.*, par. [39] et [46].

36. *R. c. Edwards Book and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, par [97].

37. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, *supra* note 16, par. [39].

38. Charles Taylor, *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, 2009, p. 44.

39. *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567, par. [89].

partagés par un groupe donné⁴⁰. » Dès lors, dans cette perspective, la culture prend un sens bien précis : elle est une réalité communautaire se structurant autour d'un ordre symbolique, c'est-à-dire autour d'« impératifs certes mais aussi [de] conseils, avis, coutumes partagées, récits fondateurs, vies édifiantes, héros de la vie morale, éloges de sentiments moraux [...] »⁴¹ » précis grâce auxquels la personne constitue son identité et sa manière singulière d'être au monde.

54. Ensuite, dans la décision *Syndicat Northcrest c. Amselem*⁴², les juges de la Cour suprême du Canada reconnaissent que l'identité de la personne ne se constitue pas seulement au travers d'une foi spirituelle. Cette compréhension est esquissée par une distinction des plus intéressantes que cette cour établit entre le droit à la liberté de conscience et le droit à la liberté de religion. D'un côté, le droit à la liberté de conscience protégerait l'expression des pensées, opinions et croyances ayant « une source séculière ou sociale⁴³ » tandis que, d'un autre côté, le droit à la liberté de religion considérerait plus particulièrement la manifestation des pensées, opinions et croyances « tirant leur source d'une religion [c'est-à-dire d'] « un système particulier et complet de dogmes et de pratiques⁴⁴. »

55. En tout cas, dans les deux cas, que la source culturelle et communautaire des pensées, opinions et croyances soit séculière, sociale ou religieuse, en raison de la tradition libérale du Canada, c'est à la personne que revient le choix de définir celles qu'elle retient et celles qu'elle décide de mettre de côté ou d'adapter à sa réalité personnelle. Dès lors, si la personne adhère pleinement à un ordre symbolique culturel et communautaire, ses pensées, croyances et opinions peuvent être protégées par le prisme de sa revendication individuelle sur le fondement de l'article 2a) de la *Charte canadienne*. Au moment de la mise en œuvre de cette protection constitutionnelle, les juges

40. May, *supra* note 1, p. 11-12: « Le concept de culture est au cœur des débats sur le multiculturalisme. Il constitue l'un des termes les plus utilisés par les penseurs [...]. Il suscite de nombreuses controverses. D'ailleurs, comme nous le verrons, les auteurs que nous analysons ont des conceptions divergentes du rôle de la culture pour la société et pour l'individu. [...] [C]onvenons ici d'une définition large [...]: la culture constitue un ensemble de signes, de valeurs et de croyances, de conventions sociales et de traditions communes partagées par un groupe donné ».

41. Paul Ricoeur, « Autonomie et vulnérabilité », 2001, p. 98.

42. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, *supra* note 16.

43. *Ibid.*, par. [39].

44. *Ibid.*

s'efforcent de comprendre de manière approfondie les pensées, opinions et croyances particulières invoquées tout en les envisageant dans la perspective de la réalité culturelle et communautaire au sein de laquelle l'individu s'inscrit.

56. Par exemple, dans la décision *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys* rendue le 2 mars 2006⁴⁵, pour déterminer si un élève sikh pouvait, dans une école publique, porter le kirpan, « un objet religieux qui ressemble à un poignard⁴⁶ », le juge Charron, qui rédige la position majoritaire, a pu noter que, dans la situation particulière :

l'appelant, Balvir Singh Multani, et son fils, Gurbaj Singh Multani, sont de religion sikhe orthodoxe. Gurbaj Singh, né en 1989, est baptisé et croit que sa religion requiert qu'il porte en tout temps un kirpan, objet religieux qui ressemble à un poignard et doit être fait de métal [...] ⁴⁷. [L]es Sikhs orthodoxes doivent respecter un code vestimentaire strict leur imposant le port de symboles religieux communément appelés les cinq K: (1) le kesh (cheveux non coupés); (2) le kangha (peigne de bois); (3) le kara (bracelet d'acier porté au poignet); (4) le kaccha (sous-vêtement particulier); (5) le kirpan (poignard; épée en métal). De plus, [...] la religion sikhe se veut pacifique et encourage le respect des autres religions [...] [Le kirpan] ne doit pas être utilisé comme une arme dans le but de blesser qui que ce soit [...] ⁴⁸.

57. En l'espèce, le juge Charron a décidé que c'est la signification spirituelle du kirpan qui devait être retenue tout en considérant la perspective orthodoxe de la communauté sikhe que les justiciables avaient choisi d'adopter. Selon lui, de ce fait, l'école ne devait pas envisager le kirpan comme une arme mais comme un symbole religieux qui devait être respecté au nom du droit à la liberté de religion. Son port pouvait donc être autorisé à l'école, sous certaines conditions⁴⁹. C'est ainsi que, pour ce juge :

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

46. *Ibid.*, par. [3].

47. *Ibid.*

48. *Ibid.*, par. [36].

49. *Ibid.*, par. [98] : « Aucun élève n'est autorisé à porter un "couteau". Le jeune sikh est autorisé à porter son kirpan, qui, quoiqu'il s'agisse d'un "couteau", est surtout un objet religieux dont la dangerosité est neutralisée par les nombreux enrobages imposés par la Cour supérieure. En effet, le kirpan doit être enfermé dans un étui de bois, lequel doit être recouvert d'une étoffe cousue qui doit elle-même être fixée à une bandoulière portée sous les vêtements de l'élève. Ainsi protégé, le kirpan est presque totalement dépouillé de ses aspects objectivement dangereux. L'accès au kirpan [...] est maintenant bloqué par l'étoffe cousue autour du fourreau de bois. »

[l]’argument selon lequel le port du kirpan devrait être interdit parce qu’il représente un symbole de violence et envoie le message que le recours à la force est nécessaire pour faire valoir ses droits et régler les conflits doit être rejeté. Cette prétention est non seulement contraire à la preuve concernant la nature symbolique du kirpan, mais elle est également irrespectueuse envers les fidèles de la religion sikh et ne tient pas compte des valeurs canadiennes fondées sur le multiculturalisme⁵⁰.

58. De même, dans la décision *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*⁵¹ rendue le 7 octobre 2009, des membres d’une communauté huttérite d’Alberta contestaient la constitutionnalité d’un règlement de la province de 2003 qui rendait obligatoire le permis de conduire avec une identification de son titulaire par une photographie, sans possibilité d’exemption. Dans cette décision, pour répondre à leur prétention, les juges se sont efforcés de décrire de manière précise les croyances de cette communauté en constatant notamment que

[l]es membres de la communauté huttérite Wilson ont un mode de vie rural et communautaire et ils exercent diverses activités commerciales. Ils refusent, pour des motifs religieux, de se laisser photographier [...]⁵². Les membres de la colonie croient qu’ils désobéiraient au deuxième commandement s’ils se laissaient photographier : « Tu ne te feras point d’image taillée, ni de représentation quelconque des choses qui sont en haut dans les cieux, qui sont en bas sur la terre, et qui sont dans les eaux plus bas que la terre » (Exode 20:4). Ils croient que les photos sont des « représentations » au sens où l’entend le deuxième commandement et ne veulent participer en rien à leur création ou à leur utilisation [...]⁵³.

59. Dans cette décision, les juges se réfèrent aux croyances orthodoxes de la communauté huttérite Wilson que les justiciables ont choisi d’adopter. Ils considèrent la signification spirituelle que ces derniers donnent à la prise d’une photographie au regard des croyances de la communauté particulière à laquelle ils ont choisi d’adhérer⁵⁴.

50. *Ibid.*, par. [71].

51. *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, *supra* note 39.

52. *Ibid.*, par. [2].

53. *Ibid.*, par. [29].

54. Il est important de noter, comme nous le verrons par la suite, que l’identification juridique de l’identité personnelle du requérant dans sa dimension culturelle et communautaire n’implique pas nécessairement la reconnaissance de ses prétentions. D’ailleurs, dans la décision *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, *supra* note 39, sur le fondement de l’article 1^{er} de la *Charte*

60. Dans la situation particulière où les pensées, opinions et croyances de la personne se confondent avec un ordre symbolique culturel et communautaire, par le biais du droit individuel à la liberté de conscience et de religion, la préservation de l'intégrité de cet ordre peut donc être assurée. Elle se justifie alors par la reconnaissance que toute personne a le droit de puiser aux sources d'une réalité culturelle et communautaire pour donner sens à son existence et assurer son épanouissement.

61. Dès lors, dans cette perspective, la protection du patrimoine multi-culturel canadien prévue à l'article 27 de la *Charte canadienne* prend une signification bien précise: elle repose sur le constat que les ordres symboliques culturels et communautaires sont indispensables pour que la personne puisse construire son identité individualisée sincère. En effet, c'est à partir de ceux-ci qu'elle peut choisir de façonner ce qu'elle est et définir sa manière unique d'être au monde. Au Canada, c'est donc au nom du respect de l'authenticité de la personne que ces ordres symboliques doivent être préservés⁵⁵.

62. Enfin, dans la situation très particulière des peuples autochtones, le droit canadien prévoit aussi une protection constitutionnelle plus spécifique pour préserver leurs réalités culturelles et communautaires⁵⁶. Sur le fondement de l'article 35 de la *Charte canadienne*, des droits ancestraux leur sont reconnus pour préserver leurs manières singulières d'être au monde. Selon le juge en chef Lamer, dans la décision *R. c. Van der Peet* rendue le 21 août 1996, cette protection se justifie de la manière suivante :

quand les Européens sont arrivés en Amérique du Nord, les peuples autochtones s'y trouvaient déjà, ils vivaient en collectivités sur ce territoire et participaient

canadienne, la juge en chef McLachlin, présentant la position majoritaire, a pu affirmer au paragraphe [4] que: « la preuve présentée par la province démontre que l'universalité de la photo obligatoire est justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*, selon le test établi dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. L'objectif de l'établissement d'un système qui réduise au minimum le risque de vol d'identité associé aux permis de conduire constitue un objectif public urgent et important. La photo obligatoire universelle a un lien avec cet objectif et ne restreint pas la liberté de religion plus qu'il n'est nécessaire pour l'atteindre. Enfin, les effets préjudiciables de cette mesure sur la liberté de religion des membres de la colonie qui désirent obtenir un permis ne l'emportent pas sur les effets bénéfiques de l'universalisation de la photo obligatoire. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de confirmer la constitutionnalité du règlement. »

55. May, *supra* note 1, p. 8

56. Au regard du partage des compétences entre l'État fédéral et les provinces, il est important de rappeler que la question des peuples autochtones relève de l'autorité législative du parlement du Canada: *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n°5, art. 91(24).

à des cultures distinctives, comme ils l'avaient fait pendant des siècles. C'est ce fait, par-dessus tout, qui distingue les peuples autochtones de tous les autres groupes minoritaires du pays et qui commande leur statut juridique – et maintenant constitutionnel – particulier⁵⁷.

63. Ces droits ancestraux sont des droits collectifs c'est-à-dire qu'ils peuvent être invoqués pour permettre « la reconnaissance d'un individu ou d'un groupe d'individus à cause de leur appartenance à un groupe [autochtone] identifiable particulier [...]»⁵⁸. » Comme a pu l'affirmer le juge Lamer :

[s]elon la philosophie libérale du Siècle des Lumières, qui a inspiré le Bill of Rights des États-Unis et, plus indirectement, la *Charte [canadienne]*, les droits appartiennent à tous les membres de la société, étant donné que chacun a droit à la dignité et au respect. Les droits sont généraux et universels; ils constituent la manière dont la « dignité inhérente » à chaque individu dans la société est respectée [...].

Toutefois, les droits ancestraux ne peuvent être définis par l'application des préceptes de cette philosophie. Même s'ils ont une portée et une importance égales aux droits inscrits dans la *Charte [canadienne]*, les droits ancestraux doivent être considérés différemment des droits garantis par [cette charte], parce qu'ils sont détenus seulement par les autochtones au sein de la société canadienne. Les droits ancestraux tirent leur origine du fait que les peuples autochtones sont des autochtones [...]»⁵⁹.

64. En conséquence, pour obtenir la protection spécifique, de l'article 35 de la *Charte canadienne*, la personne ou le groupe de personnes autochtones qui l'invoque devra établir, notamment, que leurs croyances ainsi que les coutumes, pratiques et traditions qui en découlent font partie intégrante de la culture distinctive de leur communauté autochtone spécifique, c'est-à-dire que c'est un élément fondamental et important « qui fait de leur culture ce qu'elle est⁶⁰. » Au travers de cet article, ce sont donc leurs croyances,

57. *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par [30]. Les soulignements sont dans le texte du jugement.

58. *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, *supra* note 39, par. [130] renvoyant à la position dissidente de la juge Wilson dans *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, *supra* note 36, par. [206]. Les soulignements sont dans le texte du jugement.

59. *R. c. Van der Peet*, *supra* note 57, par. [18] et [19]. Les soulignements sont dans le texte du jugement. Comme nous le verrons par la suite, les droits ancestraux participent de l'ordre juridique canadien. De ce fait, les droits ancestraux restent normalement soumis aux autres droits garantis par la charte canadienne. Sur cette question, voir *R. c. Van der Peet*, *supra* note 57, par. [49].

60. *Ibid.*, à partir du par. [44], plus spécifiquement par. [85].

les significations particulières qu'ils donnent à l'existence ainsi que le mode de vie qui en résulte qui sont protégés par le droit constitutionnel canadien.

65. De plus, dans la décision *Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*⁶¹, il a été reconnu que des personnes appartenant à des communautés autochtones pouvaient obtenir la protection de leurs croyances sur le fondement de l'article 35 de la *Charte canadienne* mais aussi sur celui de l'article 2a) de cette même charte. Néanmoins, les juges ont alors considéré que, sur ce dernier fondement juridique, la situation de ces justiciables était alors « la même que celle des plaideurs non autochtones⁶². »

66. Dans cette décision, les croyances spécifiques de la communauté autochtone des Khunaxa ont été analysées ainsi que la signification spirituelle qu'ils donnaient au Qat'muk, un « secteur [...] situé dans une vallée canadienne, dans la partie nord-ouest du vaste territoire des Ktunaxa, la vallée Jumbo, à environ 55 kilomètres à l'ouest de la ville d'Invermere, en Colombie-Britannique⁶³. » Le juge Rowe, qui rédige la position majoritaire, a ainsi constaté que « les Ktunaxa croient sincèrement en l'existence et l'importance de l'Esprit de l'Ours Grizzly. Ils croient aussi qu'un aménagement permanent [d'une station de ski] à l'intérieur du Qat'muk en chassera cet esprit⁶⁴. »

67. Malgré cette attention aux croyances spécifiques des Ktunaxa, il n'a toutefois pas reconnu qu'il y avait atteinte au droit à la liberté de religion des plaignants. Selon lui :

[l']obligation imposée à l'État par [l'article 2a) de la *Charte [canadienne]* ne consiste pas à protéger l'objet des croyances, comme l'Esprit de l'Ours Grizzly. Il incombe plutôt à l'État de protéger la liberté de toute personne d'avoir pareilles croyances [...]. [Cet article] protège [...] le droit à la liberté d'avoir des croyances religieuses [...]. Or, en l'espèce, les appelants ne réclament pas la protection de la liberté de croire en l'Esprit de l'Ours Grizzly [...]. Ils sollicitent plutôt la protection de l'Esprit de l'Ours Grizzly lui-même et du sens spirituel

61. *Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, [2017] 2 R.C.S. 386.

62. *Ibid.*, par. [58].

63. *Ibid.*, par. [3].

64. *Ibid.*, par. [69].

subjectif qu'ils en dégagent. Cette revendication déborde le cadre de [l'article 2a) de la *Charte canadienne*]⁶⁵.

68. Dans la décision, le juge Moldaver, dissident, critique vivement cette position. Pour lui :

[...] la conduite de l'État qui prive de toute signification religieuse les croyances religieuses sincères d'une personne porte atteinte à son droit à la liberté de religion. Les croyances religieuses revêtent une signification spirituelle pour le croyant. Lorsque cette signification est supprimée par l'État, la personne ne peut plus se conformer à ses croyances religieuses, ce qui constitue une contravention à [l'article 2a) de la *Charte canadienne*]. C'est exactement ce qui s'est produit en l'espèce. La décision du Ministre d'approuver la station de ski priv[e] de toute signification spirituelle l'ensemble des croyances religieuses des Ktunaxa touchant l'Esprit de l'Ours Grizzly. Par conséquent, les Ktunaxa ne [peuvent] pas interpréter des chansons, se livrer à des rituels ou tenir des cérémonies en l'honneur de l'Esprit de l'Ours Grizzly d'une manière qui a une signification religieuse à leurs yeux. [...]. [II] s'agit là d'une violation de [l'article 2a) de la *Charte canadienne*]⁶⁶.

69. En conclusion, en droit canadien, depuis le XIX^e siècle, l'appréhension des pensées, opinions et croyances a évolué.

70. Au nom du droit à la liberté de conscience et de religion et du respect du pluralisme, elle a tout d'abord été envisagée comme s'exprimant au travers de systèmes de pensée, d'opinions et de croyances diversifiés relevant de communautés à caractère religieux majoritaires ou minoritaires sur le territoire canadien, auxquels chaque individu pouvait choisir en conscience d'adhérer ou de ne pas adhérer sur la base de son libre arbitre.

71. Ensuite, à partir des années 80, avec l'avènement des droits fondamentaux de la personne, c'est une approche expérientielle mais aussi plus existentielle des pensées, opinions et croyances que les juges de la Cour suprême du Canada se sont efforcés d'adopter. Ils les ont saisies comme le fruit d'une expérience intérieure qui, le plus souvent, ne peut être dissociée d'une réalité culturelle et communautaire et qui, au nom du respect du patrimoine multiculturel canadien, doit être protégée soit par le biais du droit individuel à la liberté de conscience et de religion, s'il y a lieu, soit par celui des droits collectifs ancestraux pour les peuples autochtones.

65. *Ibid.*, par. [71].

66. *Ibid.*, par. [118].

72. Au Canada, la dimension culturelle et communautaire des pensées, opinions et croyances est donc reconnue. Toutefois, cette reconnaissance s'est tout d'abord faite par le prisme de l'individu faisant un choix rationnel en conscience puis par celui de la personne vivant une expérience intime et affective profonde. D'ailleurs, au Québec, avec la *Loi sur la laïcité de l'État*, il sera intéressant d'analyser, dans l'avenir, la manière dont les pensées, opinions et croyances de la personne seront appréhendées, tout particulièrement dans leur dimension culturelle et communautaire. L'attachement désormais affirmé aux spécificités de la laïcité amènera-t-il la province du Québec à questionner l'appréhension juridique qu'en propose la Cour suprême du Canada et à délaisser l'approche expérientielle et existentielle mais aussi culturelle et communautaire qu'elle en retient ? Comment le modèle plus différentialiste de la *Charte québécoise* sera-t-il interprété ?

73. En tout cas, à cet effort du droit canadien de saisir l'identité de la personne s'exprimant au travers de ses pensées, opinions et croyances s'opposent le refus du droit français de définir la religion et la philosophie de la personne ainsi que sa particularité de prendre en compte de manière très rationnelle les convictions qui en découlent.

1.2.2. En France : le refus de définir juridiquement la religion

74. Le principe de laïcité s'oppose à toute définition de la religion par les pouvoirs publics, une opposition habituellement justifiée par la nécessité de respecter le pluralisme et la neutralité qui en découlent, pour mieux préserver la liberté. Dans le prolongement d'auteurs comme Condorcet, il paraît impossible d'évaluer la réalité ou la sincérité de la conviction religieuse, ou de la contextualiser de manière objectivement neutre. En effet, depuis 1789, l'« opinion religieuse » – selon l'expression de la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen* – se place juridiquement sur un même plan que toute autre opinion.

75. Une croyance religieuse peut être discutée, évoluer et même ne pas correspondre aux représentations que l'on en a habituellement, y compris lorsqu'elle est envisagée avec une neutralité qui se veut bienveillante. Par exemple, en France, les fêtes de Noël de 1951 ont été marquées par la pendaison symbolique d'un père Noël suivie de sa mise au bûcher par des membres du clergé devant la cathédrale de Dijon, un évènement qui a fait les grands titres des journaux de l'époque, notamment parce qu'il se révélait une réaction des religieux à la paganisation et à « l'américanisation des fêtes de Noël ».

76. En consacrant un article à cet évènement, Claude Lévi-Strauss a montré que, ce jour-là, « les anticléricaux traditionnels » étaient devenus les protecteurs de ces pères Noël menacés tandis que les Églises catholiques et protestantes les pourfendaient en tant qu'instrument de détournement du « sens proprement chrétien de cette commémoration, au profit d'un mythe sans valeur religieuse⁶⁷ ». Ce faisant, Lévi-Strauss illustre aussi la relativité de toute entreprise de définition de la croyance religieuse, même lorsqu'elle est saisie individuellement en cherchant à éviter de l'inscrire dans des catégories préétablies. Il montrait que la frontière entre les mythes religieux et non religieux peut être d'autant plus poreuse que les distinguer implique une démarche axiologique. Si bien que durant toute sa carrière, l'anthropologue français n'avait cessé d'émettre des réserves à propos de l'érection de la religion en objet scientifique de l'anthropologie⁶⁸.

77. En transposant ce raisonnement à l'opération de qualification juridique des faits, une difficulté identique se pose pour le juge comme pour le chercheur en sciences sociales qui analyse le religieux⁶⁹, à savoir mobiliser « des sources d'intelligibilité qui sont du même ordre que la complexité de la réalité dont elles cherchent à rendre compte⁷⁰ ». En outre, si le concept de religion reste utile pour analyser le fait social – dans une logique davantage durkheimienne – cette fois-ci, il reste toujours « le fruit d'une construction sociale, historique et philosophique particulière marquée par des enjeux et des connotations multiples⁷¹. »

78. La qualification juridique de « religion » risque donc, elle aussi, d'être viciée, et de faire privilégier inconsciemment des automatismes ou stéréotypes majoritaires sauf à parvenir à saisir la « réalité sociale composée d'une myriade éclectique de pratiques, de représentations et de rôles sociaux⁷² » et

67. Claude Lévi-Strauss, « Le Père Noël supplicié », 1952, p. 1572.

68. Selon Lévi-Strauss, « [s]i l'on prétend constituer la religion en ordre autonome, relevant d'une étude particulière, il faudra la soustraire [au] sort commun des objets de science [...]. Inversement, si l'on attribue aux idées religieuses la même valeur qu'à n'importe quel autre système conceptuel, qui est de donner accès aux mécanismes de la pensée, l'anthropologie religieuse sera validée dans ses démarches, mais elle perdra son autonomie » (Claude Lévi-Strauss, « Le totémisme aujourd'hui », 2008, p. 546 et s.).

69. Nous retenons ici la définition du religieux proposée par François Gauthier en tant que « phénomène englobant et général » qui se rapporte aux religions, comme on dit « le politique » (François Gauthier, « Religieux, religion, religiosité », 2017, p. 168 et s.).

70. *Ibid.*

71. *Ibid.*

72. *Ibid.*

à inclure dans celle-ci tout ce qui est ultra-minoritaire, et considéré habituellement comme non religieux. Un tel raisonnement nécessite des critères de qualification qui ne pourront être déterminés qu'à l'aune des religions pratiquées dans cette société, au risque de discriminer les religions nouvelles ou marginales. D'autant, que chaque mouvement spirituel a sa propre conception de ce qui constitue une « vraie religion ». Arrêter une définition peut donc induire une distinction entre les « vraies » et les « fausses » religions à partir de présupposés nés de la majorité, à intervenir dans les affaires spirituelles des cultes, ou à délégitimer certains d'entre eux ; ce que le principe de séparation interdit.

79. Par exemple, en sociologie française, on prête généralement à la religion trois caractéristiques. D'abord, une forme de pensée relative à l'invisible⁷³, à l'existence d'une vérité à laquelle des personnes adhèrent et qui apportent des réponses « aux questions concernant la mort, la souffrance, le sens ultime de l'existence⁷⁴ ». Ensuite, les rites contribuent à sa visibilité sociale comme les signes, emblèmes et tenues qui manifestent une croyance ou l'intensité du sentiment religieux. Ils peuvent eux-mêmes parfois avoir une portée rituelle, mais seront alternativement perçus – selon les courants d'interprétation – comme culturels ou religieux, comme une faculté ou une obligation. Enfin, une religion comporterait des règles, des exigences et valeurs morales, qui l'inscriraient dans une tradition et créeraient une communauté⁷⁵, voire toute une organisation sociale.

80. Le législateur et le juge français auraient pu s'inspirer de ces critères afin de proposer une définition juridique suffisamment large et cohérente pour être acceptée. Le problème est que ces mêmes critères excluent les religions très minoritaires, ou celles qui ne seraient pas encore présentes sur le territoire français⁷⁶. Leur regard est aussi imprégné de présupposés issus des trois principaux monothéismes. Par exemple, avec un tel regard,

73. Alain Caillé, « Du religieux. Esquisse d'une grammaire en clé de don », 2017, p. 189 : « Le religieux, a trait au rapport à l'invisible et au cosmos, et aux invisibles qui les représentent. Via des symboles, il étend les frontières spatiales et temporelles au-delà de l'ici et de l'ailleurs, d'une part, d'hier et de demain de l'autre, jusqu'aux frontières de l'infini ».

74. Jean-Paul Willaime, « Chapitre V. Pour un cadrage sociologique de la religion », 2021, p. 116.

75. La religion est un « système solidaire de croyances et de pratiques relatives à des choses sacrées, c'est-à-dire séparées, interdites, croyances et pratiques qui unissent en une même communauté morale, appelée Église, tous ceux qui y adhèrent » (Émile Durkheim, *Les formes élémentaires de la vie religieuse*. 2008, p. 65).

76. Même si certains anthropologues estiment que les sociétés modernes ne peuvent plus produire de nouvelles religions, uniquement des mythes.

on pourrait penser qu'une religion repose inévitablement sur une croyance en une ou plusieurs divinités, « un système de références auquel les acteurs recourent spontanément pour penser l'univers dans lequel ils vivent et meurent⁷⁷ », mais des anthropologues ont déjà étudié des religions qui ne reposaient pas sur un tel dogme⁷⁸. De même, partir du présupposé que cette croyance doit être sincère, revient finalement à porter un jugement moral sur le degré nécessaire de cette croyance pour pouvoir la qualifier de « religieuse ». Il est aussi possible de démontrer que la définition de la religion fondée sur la croyance est un concept forgé pour les langues occidentales et qui donc n'aurait pas nécessairement d'équivalent dans d'autres cultures⁷⁹. Apprécier la sincérité de la croyance serait donc déjà adopter ce point de vue monothéiste, occidental et majoritaire du concept de religion, avec même une hiérarchisation des valeurs. Dans le cadre du principe de laïcité, ce sont ces présupposés inconscients qui rendent difficile la définition de la religion en tant que catégorie juridique. Surtout, définir juridiquement la religion ne se justifie que si des règles juridiques imposent de la traiter différemment par rapport à celles d'une autre nature, et notamment de traiter plus favorablement les convictions religieuses que les convictions philosophiques, ce qui n'est pas l'essence de la laïcité.

81. Il faut tout de même signaler que, parmi les auteurs français, Jean-Marie Woehrling se singularise en s'opposant précisément à cette absence de définition. Selon lui, si l'on ne se réfère ni à la neutralité ni à la laïcité mais uniquement à la liberté de religion, alors une définition devient nécessaire « pour délimiter les contours de cette liberté spécifique »⁸⁰. Pourtant, en droit européen, cette liberté s'inscrit dans un cadre plus large, celui de la liberté de pensée, de conscience et de religion⁸¹. La croyance n'est donc pas singularisée par rapport à la non-croyance, au doute, ou à l'indifférence.

77. Hervieu-Leger Danièle, « La religion, mode de croire », 2003, p. 165.

78. Voir, par exemple, la religion des populations akhas, dans laquelle la croyance n'est pas obligatoire d'après les travaux de Deborah E. Tooker, citée par Lionel Obadia (Lionel Obadia, *L'anthropologie des religions*, 2012, p. 66).

79. *Ibid.* : « L'étude classique de Rodney Needham, *Belief, Language and Experience* [1972], a montré que de même que la religion est un concept difficilement traduisible dans les langues non latines, de même il est presque impossible de donner un équivalent à la notion de croyance ou au verbe croire dans de nombreuses langues des populations étudiées par les ethnologues ».

80. Francis Messner, Pierre-Henri Prélôt et Jean-Marie Woehrling, *Traité de Droit des religions*, 2013, p. 36 et s.

81. *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, art. 9 (ci-après *Convention européenne des droits de l'Homme*).

C'est précisément le propre de l'égalité convictionnelle que de ne pas distinguer entre elles ces différentes convictions philosophiques ou religieuses qui coexistent au sein de la société. Ce même auteur reconnaissait lui-même dans un autre ouvrage que

[l]es instruments modernes de protection des libertés au plan international ont permis de contourner le problème en protégeant sur un pied d'égalité les convictions religieuses et les convictions d'une autre nature, communément appelées convictions philosophiques⁸².

82. Ainsi, ajoutait-il, « le besoin de définir une religion se trouve sensiblement limité⁸³. » Cette conclusion s'inscrit dans cette forme de libéralisme qui commande aux pouvoirs publics de s'abstenir, dans la mesure du possible, de se livrer à une appréciation de la nature et du degré de la croyance du citoyen.

83. Toutefois, il y a deux principales limites à cette absence de définition. La première est que si le droit français refuse de définir juridiquement ce que sont les religions, une définition du culte a dû être retenue pour permettre le libre exercice public et collectif de rites, à travers la liberté d'association. Elle est inspirée des religions chrétiennes, à qui le terme juridique de « culte » a d'ailleurs été emprunté au mot « messe » jugé trop connoté dans la France traditionnellement catholique. La loi de 1905 a créé une nouvelle catégorie d'associations, les associations cultuelles, qui par principe n'ont pas le droit de percevoir de subventions publiques mais qui bénéficient d'avantages financiers et fiscaux. Or, la jurisprudence administrative a dû définir l'adjectif « cultuel », qui sans correspondre « à la religion », s'inscrit bien dans « le religieux » tel que nous l'avons défini. Les critères retenus ont l'avantage de correspondre à la plupart des religions pratiquées en France, mais ils présentent les mêmes limites que l'entreprise de qualification du religieux. En effet, selon le Conseil d'État, avoir un objet exclusivement cultuel signifie que ces associations doivent avoir pour seule vocation de célébrer des cérémonies « organisées en vue de l'accomplissement, par des personnes réunies par une même croyance religieuse, de certains rites ou de certaines pratiques⁸⁴ », qu'elles ne doivent mener que des activités en relation

82. Dans Francis Messner (dir.), *Dictionnaire du droit des religions*, 2011, p. 615.

83. *Ibid.*

84. Conseil d'État, 17 juin 1988, n°63912, publié au recueil Lebon ; Conseil d'État, 21 janvier 1983, n°32350, publié au recueil Lebon ; Conseil d'État, avis n° 187122, 24 octobre 1997, publié au recueil Lebon.

avec ce culte, ou qui s'y rattachent directement, même si ce sont des activités accessoires comme par exemple l'organisation de débats théologiques ou l'enseignement religieux⁸⁵.

84. Néanmoins, la portée de cette définition est restreinte puisque le principe demeure la liberté pour les mouvements religieux de choisir leur organisation. Par exemple, ils peuvent choisir un statut d'association de droit commun, ou renoncer à tout statut juridique en demeurant un groupement sans personnalité morale, même si la législation récente incite fortement les cultes à se grouper en association culturelle en rendant ce statut plus attractif et avec un contrôle administratif de plus en plus important de l'ensemble des structures religieuses⁸⁶. Les catholiques ont obtenu la faculté de s'organiser en associations diocésaines, des associations culturelles qui sont conformes aux lois de 1901 et de 1905 mais dont l'objet est restreint à « subvenir aux frais et à l'entretien du culte catholique, sous l'autorité de l'évêque, en communion avec le Saint-Siège, et conformément à la constitution de l'Église catholique⁸⁷ ». Cette définition révèle aussi que la liberté d'association, et non la communauté comme au Canada, est le principal vecteur de garantie de la liberté collective de religion.

85. La seconde limite au refus de définir ce qui relève du religieux est la politique antérieure de lutte contre les sectes. Conformément au principe de liberté de pensée, de conscience et de religion, les individus qui le souhaitent peuvent adhérer à toute croyance, même très marginale ou choquante pour d'autres personnes, mais dans les limites de l'ordre public⁸⁸. Le principe de neutralité empêche également l'État d'émettre un jugement de valeur sur les croyances et pratiques religieuses des personnes, et en particulier de déterminer si, religieusement, elles se rattachent à des sectes. Le droit rejoint là encore l'approche des sociologues qui majoritairement se méfient du terme « secte », en préférant les appeler « nouveaux mouvements religieux ».

86. Pourtant, comme le fait remarquer Jean-Paul Willaime, on peut se demander si ce sont des phénomènes vraiment nouveaux, si ce sont d'ailleurs

85. Conseil d'État, 13 janvier 1993, n°115474, publié au recueil Lebon.

86. *Loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République*.

87. Conseil d'État, avis n° 185107, 13 décembre 1923, inédit au recueil Lebon.

88. D'après l'article 10 de la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen* déjà cité, « nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public institué par la loi ».

tous des mouvements, surtout s'ils sont tous religieux⁸⁹. Quoi qu'il en soit, dans les années 2000, le gouvernement français a été tenté d'utiliser l'« arme fiscale » contre les mouvements communément considérés comme sectaires, sur le modèle de ce qu'avait fait l'Administration américaine contre le gangster Al Capone finalement condamné pour fraude fiscale à défaut de parvenir à lui imputer d'autres infractions. En France, des contrôles fiscaux ont été généralisés contre les associations que le gouvernement d'alors souhaitait atteindre, ce qui a entraîné la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme pour son ingérence, non prévue par la loi, dans l'exercice des droits garantis par l'article 9 de la Convention⁹⁰.

87. De même, la jurisprudence administrative considère comme illégal l'arrêté municipal refusant la location d'un stade à une association culturelle souhaitant procéder à une cérémonie religieuse en fondant son refus uniquement sur des risques de « dérives sectaires », sans se fonder sur des faits précis⁹¹. La définition désormais retenue par le législateur s'est éloignée du religieux. D'après la loi du 12 juin 2001, certaines organisations pourront être qualifiées de « mouvements sectaires », et dissoutes uniquement si ce sont des personnes morales, quelle qu'en soit la forme juridique ou l'objet, en cas de condamnations définitives pour des infractions précises telles que l'exercice illégal de la médecine, les atteintes à la dignité de la personne, ou celles de mise en péril des mineurs⁹², ou si elles ont des activités plaçant les personnes qui y participent en état de sujétion – psychologique ou physique – les privant d'une partie leur « libre arbitre, avec des conséquences dommageables pour cette personne, son entourage ou pour la société⁹³ ».

89. Jean-Paul Willaime, « Chapitre III. Le religieux contemporain au miroir de la sociologie », 2021, p. 62.

90. Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Association les témoins de Jéhovah c. France*, n° 8916/05, 30 juin 2011 (ci-après « Cour EDH »). Voir aussi : Cour EDH, *Association culturelle du temple pyramide c. France*, n°50471/07, 31 janvier 2013 ; Cour EDH, *Association des chevaliers du lotus d'or c. France*, n°50615/07, 31 janvier 2013 ; Cour EDH, *Église évangélique missionnaire et Salatin c. France*, n° 25502/07, 31 janvier 2013 ; Cour EDH, *Sukyo Mabikari France c. France*, n° 41729/09, 8 janvier 2013.

91. Tribunal administratif de Paris, 13 mai 2004, n°0411210/9.

92. *Loi du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales*, art. 1^{er}.

93. Selon la définition donnée par la Mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires (Mivilude) : <<https://www.derives-sectes.gouv.fr>>.

88. La véritable spécificité du droit français est précisément la place accordée à ce libre arbitre et le fait que le rapport de l'individu au sacré, à une divinité, ou à une réalité supérieure relève davantage du choix rationnel que désormais au Canada. Si la forme de cette relation est préservée, elle peut évoluer et n'est jamais figée. La liberté de conscience, consacrée par l'article 1^{er} de la loi de 1905, implique que les pensées, opinions et croyances sont le résultat du choix d'un individu envisagé comme rationnel et autonome, en mesure de revenir sur sa décision par un examen critique, dès qu'il le souhaite. Elles sont donc saisies comme le fruit d'un acte libre de la volonté individuelle : par l'exercice de sa liberté intérieure, une personne choisit de devenir un « catholique », un « juif », un « musulman » ou toute autre forme de pensée qui lui propose un système axiologique et normatif structurant autour duquel il lui est possible de construire son identité dans un rapport singulier à elle-même, aux autres et aux institutions. Dans l'exercice de cette liberté, elle peut plutôt être athée ou agnostique, attachée à un système particulier de valeurs et de normes morales. Elle peut enfin être indifférente à ce type de questions, la seule constante étant d'accepter de débattre de ses pensées, opinions et croyances. S'y ajoute un rapport particulier à la minorité.

89. Comme le souligne Danièle Lochak :

[l]a France, on le sait, dénie avec la plus grande vigueur l'existence de minorités en son sein [...]. Ce refus de reconnaître l'existence de minorités s'accompagne aujourd'hui d'un refus plus global de tout « différencialisme », suspecté de faire le lit du « communautarisme ». D'où le raidissement sur la laïcité, constitutive de « l'identité républicaine de la France » et dont l'interprétation rigoureuse apparaît comme le seul antidote aux risques de dérive qui pourraient découler d'un trop grand laxisme⁹⁴.

90. Les évolutions récentes du régime juridique de la liberté de pensée, de conscience et de religion en France s'inscrivent indéniablement dans ce mouvement de raidissement de la laïcité marqué par une crainte affichée et théorisée⁹⁵ du « communautarisme » décrite par Danièle Lochak. Cependant,

94. Daniel Lochak, « Les identités saisies par le droit : quelles identités ? quelle protection ? », 2020, p. 29.

95. Le discours du président de la République Emmanuel Macron en octobre 2020 en est une illustration. Il déclarait : « La laïcité, c'est le ciment de la France unie. Si la spiritualité relève du domaine de chacun, la laïcité est notre affaire à tous. Et donc, les républicains sincères ne doivent jamais céder à ceux qui, au nom du principe de laïcité, tentent de susciter des divisions, des confrontations à partir de multiples sujets qui, bien souvent, sont l'essentiel de nos discussions,

les règles juridiques n'ignorent pas le fait que même dans sa dimension individuelle du for intérieur, la croyance s'accompagne aussi le plus souvent d'un sentiment d'appartenance à un groupe et à une religion, même si – là encore – les textes juridiques sont rédigés de manière à ne pas avoir à extérioriser ce sentiment, à justifier de cette appartenance, ni à la rendre définitive. C'est ainsi qu'il faut comprendre la formulation du critère de discrimination fondé sur « l'appartenance vraie ou supposée à une religion » qui est prévu par le Code pénal français⁹⁶.

91. En résumé, le droit canadien et le droit français n'ont pas la même compréhension de la manière dont l'individu, titulaire du droit à la liberté de pensée, d'opinion et de croyance, construit son identité : le droit canadien considère l'identité comme le fruit d'une expérience intime et affective pouvant puiser dans des sources culturelles et communautaires existant sur le territoire canadien tandis que le droit français, conforté par le droit européen des libertés et droits fondamentaux, aborde plutôt cette identité comme le résultat de l'adhésion rationnelle et non figée à un ordre axiologique et normatif, quel qu'il soit.

92. Néanmoins, dans les deux cas, le droit d'avoir des pensées, opinions et croyances se révèle intimement lié à la question de l'identité de l'individu que ce dernier doit pouvoir librement définir. En outre, le droit d'exprimer ses pensées, opinions et croyances est aussi consacré, protégé et encadré pour assurer le respect des droits des tiers mais aussi celui « des valeurs libérales de base des droits de l'homme et de la démocratie⁹⁷ » auxquelles le multiculturalisme canadien et la laïcité française sont tous les deux attachés.

mais pas l'essentiel du problème. En la matière, nous avons des règles, il nous faut les faire respecter fermement et justement. Partout, sans concession. De la même manière, ne nous laissons pas entraîner dans le piège de l'amalgame tendu par les polémistes et par les extrêmes qui consisterait à stigmatiser tous les musulmans. Ce piège, c'est celui que nous tendent les ennemis de la République» (Emmanuel Macron, « La République en actes : discours du Président de la République sur le thème de la lutte contre les séparatismes », publié le 2 octobre 2020, en ligne.)

96. Code pénal français, art. 225-1.

97. Kymlicka, « Tester les limites du multiculturalisme libéral? Le cas des tribunaux religieux en droit familial », 2007, p. 9.

2. LE DROIT D'EXPRIMER DES PENSÉES, DES OPINIONS ET DES CROYANCES : UN DROIT « RAISONNABLEMENT » PROTÉGÉ

93. Le multiculturalisme canadien et la laïcité française permettent l'un et l'autre la manifestation libre du for intérieur de l'individu et en assurent la protection (2.1.). Toutefois, dans certaines circonstances, ils reconnaissent également la nécessité de la limiter (2.2.).

2.1. UN OBJET COMMUN DE PROTECTION : LA MANIFESTATION LIBRE DU FOR INTÉRIEUR

94. Au Canada et en France, l'individu profite d'un droit d'exprimer ses opinions, pensées et croyances religieuses par des actions positives (2.1.1.). Au Canada, sont aussi interdites les actions négatives qui entravent l'exercice de ce droit (2.1.2.).

2.1.1. Le droit d'exprimer son for intérieur : les actions positives autorisées au Canada et en France

95. En droit canadien, « le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme [...] le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation⁹⁸. »

96. D'après les articles 9 de la *Convention européenne des droits de l'Homme* et 10 de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, la liberté de pensée, de conscience et de religion implique également de pouvoir « manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites⁹⁹ ».

97. Dès lors, au Canada et en France, l'expression de ses pensées, opinions et croyances religieuses est libre, dans l'espace privé comme dans l'espace public. De plus, cette expression, qui peut tout autant être individuelle que collective, peut prendre diverses formes : le culte, l'enseignement, une pratique ou un rite. Toutes ces manifestations sont reconnues comme légitimes.

98. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra* note 8, par. [94]

99. *Convention Européenne des Droits de l'Homme*, art. 9.

98. Au Canada et en France, cette reconnaissance de l'expression du for intérieur en matière religieuse assure la consécration d'un droit au prosélytisme dans l'espace public qui permet à l'adepte d'une confession, mais aussi à ceux qui ne le sont pas, de chercher à persuader d'autres personnes du bien-fondé de leur propre conviction, y compris par des vêtements, des insignes ou des slogans¹⁰⁰. Le multiculturalisme canadien et la laïcité française ont bien pour conséquence un droit au prosélytisme dans l'espace public afin de nourrir l'échange dans ce même espace.

99. En droit canadien et en droit français, le droit de manifester librement ses pensées, opinions et croyances religieuses, consacré constitutionnellement, présente donc un contenu autorisant des actions positives de manière large. D'ailleurs, que ce soit dans le cadre du multiculturalisme canadien ou de la laïcité française, ce n'est pas seulement dans la diversité des lieux et des modes d'expression que l'étendue de ce droit se manifeste. C'est aussi dans la nature des opinions, pensées et croyances reconnues et protégées. En effet, au Canada et en France, nul besoin de démontrer leur légitimité et leur bien-fondé pour que le droit à la liberté de conscience et de religion puisse être mis en œuvre. La Cour suprême canadienne comme la Cour européenne des droits de l'Homme ont une conception subjective et personnelle des pensées, opinions ou croyances que les requérants invoquent sur le fondement de leur liberté de conscience et de religion¹⁰¹.

100. En matière religieuse, ces deux Cours ne se fondent pas non plus sur l'interprétation majoritaire ou traditionnelle¹⁰² parmi les fidèles d'une religion pour en apprécier la matérialité. Le croyant n'a pas non plus à établir que l'expression de ses pensées, opinions et croyances, se déroule conformément aux commandements d'une religion donnée. Au Canada et en France, il n'est pas exigé que leur pertinence soit validée par une quelconque autorité religieuse pour pouvoir relever du droit à la liberté de manifester sa religion. Le caractère récent de la conversion n'est pas non

100. *Saumur c. Ville de Québec*, [1953] 2 R.C.S. 299, p. 327, *supra* note 28: « Par conséquent, depuis 1760 et jusqu'à nos jours, la liberté de religion a été reconnue, dans notre régime juridique, comme un principe fondamental. Bien que nous n'ayons rien qui ressemble à une Église d'État, il est hors de doute que la possibilité d'affirmer sans contrainte sa croyance religieuse et de la propager, à titre personnel ou grâce à des institutions, demeure, du point de vue constitutionnel, de la plus grande importance pour tout le Dominion. »

101. Pour le Canada: *Syndicat Northcrest c. Amselem*, *supra* note 16, par. [65]. Pour la France: Cour EDH S.A.S. *c. France*, n° 43835/11, 1er juillet 2014, par. [55].

102. Cour EDH, *Izzettin Doğan et autres c. Turquie*, n° 62649/10, 26 avril 2016, par. [114].

plus opérant¹⁰³. C'est ainsi que la haute cour canadienne comme la Cour européenne vérifieront seulement que l'acte invoqué est une « manifestation » de pensées, opinions et croyances personnelles, quand bien même cette manifestation relèverait d'une pratique marginale au sein d'une communauté donnée¹⁰⁴.

101. Néanmoins, au Canada et en France, la protection des manifestations du for intérieur en matière religieuse n'est pas inconditionnelle.

102. Il faut que les pensées, opinions et croyances de l'individu atteignent un certain degré de conviction. C'est ainsi que la Cour suprême du Canada s'attache à examiner « leur sincérité¹⁰⁵ » tandis que la Cour européenne considère que les convictions doivent avoir « un degré suffisant de force, de sérieux, de cohérence et d'importance¹⁰⁶. »

103. Pour finir, il est important de noter que, au Canada, aux actions positives autorisées par le droit à la liberté de conscience et de religion, s'ajoute également l'interdiction de certaines actions négatives à l'encontre de cette liberté.

2.1.2. Le droit d'exprimer son for intérieur : les actions négatives interdites au Canada

104. Ce type de contenu y est reconnu depuis le début des années 80. Il a été consacré par le juge en chef Dickson dans la décision de la Cour suprême *R. c. Big M Drug Mart Ltd*¹⁰⁷. En effet, selon ce juge, le concept de liberté de religion ne peut se limiter au droit à diverses expressions libres de son for intérieur au sein de la société :

103. Ainsi, en France, il est considéré que pouvait constituer un intérêt légitime justifiant une demande de changement de prénom (Code civil français, art 60) le souhait après une conversion de mieux s'intégrer à une communauté religieuse (Cour d'appel d'Orléans, 23 janvier 1992, J.C.P. 1993.11.22065, note E. de Montredon).

104. Pour le Canada : *Syndicat Northcrest c. Amselem*, *supra* note 16, par. [68]. Pour la France : Cour EDH, *S.A.S. c. France*, *supra* note 101, par. [55].

105. Pour le Canada : *Syndicat Northcrest c. Amselem*, *supra* note 16, par. [43] : « En fait, notre Cour a maintes fois précisé que c'est la "sincérité de l[a] croyance" (*Edwards Books*, précité, p. 735), et non pas sa "validité", qui doit être démontrée. » Selon Henri Brun, Pierre Brun et Fannie Lafontaine, dans *Chartes des droits de la personne : législation, jurisprudence, doctrine*, 2010, p. 95 : « (1) une croyance sincère est une croyance "honnête" ; (2) dont l'évaluation n'exige aucune preuve par expert ; (3) ni aucune analyse rigoureuse des pratiques antérieures du "croyant" ».

106. Voir par exemple, Cour EDH, *Jakóbski c. Pologne*, n° 18429/06, 7 décembre 2010, par. [44].

107. *Supra* note 8.

La liberté [se caractérise aussi] essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte. Si une personne est astreinte par l'État ou par la volonté d'autrui à une conduite que, sans cela, elle n'aurait pas choisi d'adopter, cette personne n'agit pas de son propre gré et on ne peut pas dire qu'elle est vraiment libre. L'un des objectifs importants de la *Charte [canadienne]* est de protéger [...] contre la coercition et la contrainte. La coercition comprend non seulement la contrainte flagrante exercée, par exemple, sous forme d'ordres directs d'agir ou de s'abstenir d'agir sous peine de sanction, mais également les formes indirectes de contrôle qui permettent de déterminer ou de restreindre les possibilités d'action d'autrui¹⁰⁸.

105. Dans sa détermination du contenu du droit de manifester ses pensées, opinions et croyances, le droit canadien insiste donc aussi sur l'importance de ne pas contraindre directement ou indirectement l'individu à des actes que sa conscience réprouve, cette contrainte pouvant émaner des tiers, mais aussi et surtout de l'État¹⁰⁹. D'ailleurs, au Canada, ce droit négatif à ne pas être contraint a pour corollaire l'obligation pour les tiers mais aussi tout particulièrement pour l'État de ne pas imposer directement ou indirectement des actions négatives qui sont de nature à astreindre l'expression des pensées, opinions et croyances.

106. Sur ce fondement juridique, si la conduite d'un individu est contrainte, ce dernier peut alors invoquer son droit à la liberté de conscience et de religion pour faire cesser les actions négatives brimant les manifestations de son for intérieur et même obtenir, s'il y a lieu, l'éviction des normes contractuelles¹¹⁰ ou des normes étatiques communes qui les imposent¹¹¹. Il

108. *Ibid.*, par. [95].

109. Le droit français protège aussi l'individu contre ce type de contraintes de la part des personnes physiques ou des personnes publiques, mais il y a peu de jurisprudence et l'existence de ces contraintes n'est retenue, que si elles ont pour conséquence de conduire celui qui en est victime à exercer ou à s'abstenir d'exercer un culte, à faire partie ou à cesser de faire partie d'une association culturelle, à contribuer ou à s'abstenir de financer un culte (voir, par exemple, le cas du propriétaire d'un champ ayant érigé une croix lumineuse de plus de 7 m de haut (24,21 pieds) en bordure de son terrain, malgré l'opposition du maire. La Cour de cassation a retenu l'absence de contrainte sur l'exercice de son culte de la part de la mairie. Cour de cassation, Chambre criminelle, 8 mars 2005, n° 04-81.226, inédit au bulletin.

110. Voir la revendication du droit à la liberté de religion de copropriétaires juifs pour obtenir l'éviction, à leur égard, de certaines dispositions de leur Déclaration de copropriété contraignantes pour leur expression religieuse dans la décision *Syndicat Northcrest c. Amselem*, *supra* note 16. Sur cette question, voir Christelle Landheer-Cieslak, « Appliquer "en harmonie" le droit civil québécois et la liberté fondamentale de religion : quelques réflexions juridiques et éthiques pour une relecture de *Syndicat Northcrest c. Amselem* », 2012.

111. Sur cette question, voir, notamment, Louis-Philippe Lampron, « Liberté de conscience et de religion », 2016.

peut aussi revendiquer son droit à réparation¹¹² et profiter de mesures raisonnables d'accommodement pour éviter ou, tout au moins, minimiser l'entrave subie¹¹³. Toutefois, là encore, la mise en œuvre de ces effets juridiques n'est pas non plus sans condition : l'entrave doit être objectivement établie par le requérant¹¹⁴ et être plus que négligeable ou insignifiante¹¹⁵ pour être levée, réparée ou accommodée par les tribunaux.

107. Au Canada et en France, la protection de l'expression des pensées, opinions et croyances est donc très large. Toutefois, à la différence du droit d'avoir des pensées, opinions et croyances, le droit à la libre manifestation de son for intérieur n'est pas absolu : il est encadré.

2.2. LA MANIFESTATION LIBRE DU FOR INTÉRIEUR : UNE NÉCESSAIRE LIMITATION POUR PRÉSERVER LES ASSISES DÉMOCRATIQUES DE LA SOCIÉTÉ

108. Le droit canadien et le droit français reconnaissent, l'un et l'autre, la nécessité de limiter l'expression libre des opinions, pensées et croyances de l'individu. Dans le cadre du multiculturalisme canadien et de la laïcité

112. Ce droit à réparation est consacré par l'article 24(1) de la *Charte canadienne* : « Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances. »

113. Au Canada, la mise en évidence d'une atteinte au droit à la liberté de religion peut également permettre au croyant de demander que des mesures raisonnables soient prises pour que les manifestations de ses opinions, pensées et croyances religieuses ne soient pas atteintes ou le soient de manière minimale. En effet, même si, dans la jurisprudence canadienne, le droit à un accommodement raisonnable est rattaché au droit à l'égalité consacré par l'article 15 de la *Charte canadienne* – comme le note Louis-Philippe Lampron, « Liberté de conscience et de religion », *supra* 111, par. [29] – depuis 2006, « l'arrêt Multani [*Multani c. Commission scolaire* *supra* note 45, par. 53] est venue intégrer [une] obligation [d'accommodement raisonnable] au fardeau de preuve qui doit être respecté par un défendeur qui entend démontrer la raisonnablement d'une des mesures qu'il a adoptées lorsque celle-ci [cause] une atteinte à la liberté de religion d'un individu. »

114. *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, [2012] 1 R.C.S. 235, par. [24] : « Comme pour tous les autres droits et libertés protégés par la Charte canadienne des droits et libertés, la preuve de l'atteinte requiert une analyse objective des règles, faits ou actes qui en entravent l'exercice. Décider autrement aurait pour effet de permettre à la personne de conclure elle-même à l'existence d'une atteinte à ses droits et de se substituer ainsi au tribunal dans ce rôle. »

115. Lampron, *supra* note 113, par. [16] : « Malgré la très large appréhension des convictions religieuses protégées en vertu de la liberté de religion, un individu qui entend démontrer qu'il a subi une violation de ce droit fondamental ne pourra se borner à faire la preuve : 1) que sa croyance est en lien avec sa "foi spirituelle" ; et 2) qu'il croit sincèrement devoir accomplir l'acte, le rite ou la pratique religieuse sur lequel il fonde sa revendication. En effet, il devra également démontrer 3) que la norme ou l'acte contesté porte objectivement atteinte aux convictions religieuses, et ce, 4) de manière plus que négligeable ou insignifiante. »

française, cette limitation juridique s'impose pour préserver les assises démocratiques de la société. En effet, pour que tout citoyen puisse être en mesure d'exprimer son for intérieur de manière paisible et que le pluralisme de la société soit ainsi préservé, le droit canadien et le droit français s'assurent d'opérer une conciliation entre l'expression libre des droits de chacun mais aussi entre ces mêmes droits et d'autres principes fondamentaux qui s'appliquent dans l'ordre constitutionnel.

109. Malgré cette visée éthique commune, au Canada et en France, ces limitations ne s'inscrivent pas dans une même perspective. Si le droit canadien cherche à porter une atteinte minimale à l'expression libre du for intérieur (2.2.1.), le droit français se caractérise plutôt par une démarche de conciliation qui vise à en empêcher la manifestation abusive pour préserver les libertés d'autrui (2.2.2.).

2.2.1. Au Canada : maintenir l'ordre social en portant une atteinte minimale à la manifestation libre du for intérieur

110. Au Canada, la manifestation libre du for intérieur est encadrée. Dans la *Charte canadienne*, il est admis que l'expression des droits fondamentaux n'est pas absolue. Elle peut être limitée mais, selon l'article 1^{er} de cette charte, « [les droits fondamentaux] 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 ».

111. D'emblée, dans ce texte constitutionnel, la liberté est le principe et la restriction l'exception. Toutefois, dans la détermination des limites aux droits fondamentaux, il apparaît que, au Canada, l'emphase est mise moins sur l'obligation de respecter les droits d'autrui et les exigences essentielles de la vie en société, mais davantage sur l'obligation pour l'État de contraindre de manière minimale l'expression des droits fondamentaux. C'est ainsi que, dans la détermination des limites des droits fondamentaux, trois exigences lui sont textuellement imposées par l'article 1^{er} de la *Charte canadienne* : la limitation doit, premièrement, émaner d'une règle de droit, deuxièmement, être raisonnable et, troisièmement, se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique.

112. À partir des trois exigences de ce texte, la jurisprudence constitutionnelle canadienne a développé un contrôle de proportionnalité¹¹⁶, souvent désigné comme le « test de Oakes », renvoyant à la décision *R. c. Oakes*¹¹⁷ qui l'a établi. Ce test, pour reprendre l'analyse éclairante de l'auteur Luc B. Tremblay, se décompose en deux volets :

[L]e premier volet énonce un critère de « légitimité » : les objectifs visés par une mesure gouvernementale restreignant un droit constitutionnel doivent être suffisamment importants. Ils ne doivent pas être contraires aux principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique et ils doivent se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique. Le second volet énonce les trois critères de « proportionnalité » mentionnés plus haut : l'atteinte au droit doit rationnellement contribuer à la réalisation d'un objectif légitime (*critère du « lien rationnel »*) (1) ; l'atteinte au droit doit être nécessaire à la réalisation de l'objectif légitime (*critère de « l'atteinte minimale »*) (2) ; l'atteinte au droit doit être proportionnée au bénéfice visé que la restriction permet de réaliser (*critère de la « proportionnalité au sens strict »*) (3)¹¹⁸.

113. Ce test de Oakes a eu deux effets importants.

114. Tout d'abord, dans la détermination des limites au droit à la liberté de conscience et de religion sur le fondement de l'article 1^{er} de la *Charte canadienne*, il a souvent amené les juges de la Cour suprême du Canada à aborder la personne qui revendique ce droit comme étant face à un dilemme : soit rester fidèle à ses pensées, opinions et croyances et aux comportements qui en découlent lui permettant de donner sens à son existence ; soit respecter la norme générale poursuivant un but commun légitime¹¹⁹.

116. Sur la question du contrôle de proportionnalité, voir l'article de Luc Bégin, « L'internationalisation des droits de l'Homme et le défi de la "contextualisation" », 2004.

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

118. Luc B. Tremblay, « Le principe de proportionnalité dans une société démocratique égalitaire, pluraliste et multiculturelle », 2012, par. [11].

119. Ce type de dilemme est bien présenté par la juge en chef McLachlin dans la décision *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, *supra* note 39, par. [30], pour rendre compte du vécu de membres de la colonie huttrite qui désirent obtenir un permis de conduire mais qui se le voit refuser parce que leurs commandements religieux leur interdisent de se faire photographier : « Vu ces croyances, la photo obligatoire universelle a pour effet de placer les membres de la colonie qui désirent obtenir un permis de conduire devant un dilemme : agir à l'encontre de leurs engagements religieux ou renoncer au permis. » Il est aussi considéré par la juge Abella dans la décision *R. c. N.S.*, *supra* note 17, aux par. [93] et [94]. Selon cette juge qui se réfère à la philosophe américaine Martha Nussbaum, en empêchant la plaignante de témoigner à son procès pour agressions sexuelles en portant son niqab, les tribunaux placent cette dernière face à un

115. Ensuite, pour résoudre ce dilemme, les juges de la Cour suprême du Canada se sont interrogés sur la meilleure manière de mettre en œuvre l'article 1^{er} de la *Charte canadienne* tout en s'assurant le plus possible de ne pas porter atteinte à la religion personnelle du croyant. À bien des égards, pour atteindre cet objectif, à un courant d'interprétation constitutionnelle « de type libéral », qui s'est imposé dès les années 80 après la promulgation de la *Charte canadienne*, s'est peu à peu adjoint dès la fin des années 90 un autre courant d'interprétation constitutionnelle: celui-ci « de type pluraliste et multiculturaliste », pour reprendre la distinction de Luc B. Tremblay¹²⁰.

116. Au Canada, le courant d'interprétation constitutionnelle de type libéral a été consacré de manière explicite dans l'arrêt *R. c. Oakes* par le juge en chef Dickson. Selon ce juge, dans l'article 1^{er} de la *Charte canadienne*:

[l]'inclusion [de l'expression « société libre et démocratique »] à titre de norme finale de justification de la restriction des droits et libertés rappelle aux tribunaux l'objet même de l'enchâssement de la Charte dans la Constitution: la société canadienne doit être libre et démocratique. Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la Charte et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer¹²¹.

117. Dans cette perspective de type libéral, l'exercice des droits fondamentaux, et tout particulièrement du droit à la liberté de conscience et de religion, n'a donc de sens que si la norme fondamentale à la base de la société libre et démocratique canadienne est respectée. Cet exercice ne doit être

dilemme semblable à celui d'Antigone: « soit [la plaignante est obligée] d'enfreindre une règle sacrée, soit [elle doit] [...] renoncer à un privilège accordé par l'État [...] [lui permettant] de participer au système de justice. »

120. Pour une analyse approfondie de ces deux courants d'interprétation constitutionnelle, voir Tremblay, *supra* note 118 et Stéphane Bernatchez, « Les fondements philosophiques et théoriques de la Charte canadienne des droits et libertés », 2013.

121. *R. c. Oakes*, *supra* note 117, par. [64].

préservé que s'il ne remet pas en cause « le socle minimal d'exigences et de garanties essentielles de la vie en société », pour reprendre les termes du Conseil d'État français dans sa définition de l'ordre public¹²². Dans le cas contraire, il est possible pour l'État de poser des limites alors jugées raisonnables à l'exercice de ces droits fondamentaux.

118. En résumé, selon la juge Abella, se référant aux propos du juge Sachs de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud dans la décision *Bruker c. Marcovitz*¹²³ :

[u]ne [...] société [libre et démocratique] ne peut se tenir que si tous ses participants acceptent le caractère obligatoire de certaines normes fondamentales. Dès lors, les croyants ne peuvent prétendre à un droit automatique d'être soustraits, en raison de leurs croyances, aux lois du pays. En même temps, l'État devrait, lorsque c'est raisonnablement possible, s'efforcer de ne pas obliger les croyants à faire le choix difficile et intensément pénible entre rester fidèles à leur foi ou respecter la loi¹²⁴.

119. Dans cette perspective interprétative de type libéral, au Canada, pour restreindre le droit à la liberté de conscience et de religion, les juges cherchent donc à se référer à « un ordre normatif substantiel [...] [fixant dans l'abstrait] le poids relatif ou les critères de priorité relatifs des droits, des valeurs et des intérêts concurrents en vertu desquels [ils] évaluent la légitimité des restrictions aux droits constitutionnels¹²⁵. »

122. Conseil d'État, *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, 2010.

123. *Bruker c. Marcovitz*, [2007] 3 R.C.S. 607, par. [74].

124. Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, *Christian Education South Africa c. Minister of Education*, 10 B. C. L.R. 1051, 18 août 2000, par. [35].

125. Tremblay, *supra* note 118, par. [12] à [14], qualifie ce type de contrôle de proportionnalité de « modèle de priorité des droits. » Selon lui, ce modèle confère « aux droits garantis une priorité normative de principe sur les valeurs et les intérêts concurrents, tels que les buts sociaux fondés sur l'utile, l'intérêt général, la perfection des individus ou la commodité administrative [...]. Il découle de ce modèle qu'en cas de conflit entre un droit garanti et une valeur ou un intérêt concurrent, le droit doit l'emporter en principe. Les droits possèdent ainsi une force spéciale par rapport aux autres valeurs. Cela ne signifie pas que tous les droits soient absolus. Certaines restrictions aux droits peuvent être légitimes, à la condition que la valeur ou l'intérêt concurrent sur lequel elles se fondent soit "légitime", c'est-à-dire au moins aussi vital, fondamental ou spécialement important que l'objet du droit lui-même. Par exemple, un gouvernement pourrait légitimement limiter ou outrepasser un droit constitutionnel garanti si l'objectif visé par la mesure était de protéger les droits fondamentaux d'autrui. Il le pourrait également si l'objectif était de promouvoir des intérêts sociaux fondamentalement importants, tels que la sécurité nationale, la santé publique ou la lutte contre le crime. En revanche, un gouvernement ne pourrait pas légitimement limiter ou outrepasser un droit garanti si l'objectif visé était de

120. Toujours en droit canadien, cet ordre normatif substantiel a pu avoir un contenu semblable à celui de l'ordre public français. C'est ainsi que, dans la décision *R. c. Big M. Drug Mart*¹²⁶, en 1985, le juge en chef Dickson a affirmé que des restrictions au droit à la liberté de conscience et de religion peuvent être nécessaires « pour préserver la sécurité¹²⁷, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés¹²⁸ et droits fondamentaux d'autrui¹²⁹. »

121. Dans d'autres décisions, plus contemporaines, c'est le respect des « valeurs fondamentales canadiennes » que des juges invoquent pour justifier des restrictions au droit à la liberté de religion.

122. Par exemple, dans la décision *R. c. N.S.*¹³⁰, c'est sur ce fondement que le juge LeBel a pu rejeter le pourvoi de la plaignante souhaitant témoigner avec son niqab lors d'un procès pour agression sexuelle impliquant des membres de sa famille. Tout en reconnaissant par principe le droit à la liberté de conscience et de religion de cette femme intégralement voilée, le juge a considéré que, par exception, le port du voile intégral doit être interdit dans une salle d'audience. Pour lui :

[l]a reconnaissance du multiculturalisme [doit se faire] dans le cadre de la Constitution [qui] exige une ouverture aux nouvelles différences qui apparaissent au Canada mais aussi l'acceptation du principe qu'elles restent en contact avec les racines de [la] société démocratique contemporaine¹³¹ [...]. [Or], un appareil judiciaire transparent et indépendant est [...] une composante essentielle d'un État démocratique fondé sur le droit [...] et c'est le principe

promouvoir des intérêts sociaux relativement moins importants ou urgents, tels que la conformité morale des pratiques sexuelles des individus, l'imposition des pratiques religieuses de la majorité ou l'efficacité administrative. »

126. *Supra* note 8, par. [95].

127. Voir l'importance accordée par la décision majoritaire à « la sécurité et à l'intégrité du système de délivrance des permis de conduire » dans la décision *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, *supra* note 39, pour justifier l'atteinte au droit à la liberté de religion des membres de la colonie hutterite qui, pour des motifs religieux, refusaient de se faire photographier.

128. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra* note 8, par. [95] : « La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience. »

129. Voir la décision *Brucker c. Marcovitz*, *supra* note 123, où la juge Abella limite le droit à la liberté de religion d'un conjoint juif refusant de remettre le *get* à son épouse au motif que ce refus limite le droit à la liberté de cette dernière de se marier librement et selon ses convictions les plus profondes.

130. *R. c. N.S.*, *supra* note 17, par. [73].

131. *Ibid.*, par. [72].

de la publicité des procédures judiciaires qui [fait] en sorte que la justice est administrée de manière non arbitraire [...]. Dans cette perspective constitutionnelle plus large, le procès [ne peut donc être envisagé que comme] un acte de communication avec le grand public [qui doit] être en mesure de voir comment fonctionne le système de justice¹³².

123. Dans cette décision, le juge LeBel fait donc des exigences communicationnelles du procès une valeur fondamentale de la société libre et démocratique canadienne. Il les intègre dans ce socle de valeurs structurantes auquel il n'est pas possible de déroger dans l'exercice de son droit à la liberté de religion¹³³.

124. Dans l'affaire *Bruker c. Marcovitz*, la juge Abella rappelle aussi l'importance pour chacun de respecter « les valeurs canadiennes fondamentales¹³⁴ ». Selon elle :

[l]e Canada est fier avec raison de sa tolérance évolutive à l'égard de la diversité et du pluralisme. Au fil des ans, l'acceptation du multiculturalisme n'a cessé de croître [...] : le droit de chacun de s'intégrer dans la société canadienne avec ses différences – et malgré celles-ci – est devenu un élément déterminant de notre caractère national. Toutefois, le droit à la protection des différences ne signifie pas que ces différences restent toujours prépondérantes. Celles-ci ne sont pas toutes compatibles avec les valeurs canadiennes fondamentales et par conséquent, les obstacles à leur expression ne sont pas tous arbitraires¹³⁵.

125. Dès lors, en l'espèce, la juge Abella a pu considérer comme légitime la restriction du droit à la liberté de religion d'un époux juif qui invoquait ce droit fondamental pour ne pas respecter l'engagement contractuel qu'il avait pris de remettre à son épouse le *get*, un acte unilatéral devant, selon la loi juive, la libérer des liens du mariage et lui permettre de se remarier religieusement. Dans cette décision, le juge Abella a considéré que :

[l]'intérêt que porte le public à la protection des droits à l'égalité et de la dignité des femmes juives dans l'exercice indépendant de leur capacité de divorcer et se remarier conformément à leurs croyances, tout comme l'avantage pour le public d'assurer le respect des obligations contractuelles valides et exécutoires,

132. *Ibid.*, par. [74] à [76].

133. Cette exigence n'est pas sans rappeler les justifications au fondement de la loi française sur l'interdiction de se dissimuler le visage dans l'espace public. Voir *Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*.

134. *Bruker c. Marcovitz*, *supra* note 123, par. [2].

135. *Ibid.*, par. [1] et [2].

comptent parmi les intérêts et les valeurs qui l'emportent sur la prétention de M. Marcovitz selon laquelle l'exécution de l'engagement pris au paragraphe 12 de l'entente pourrait restreindre sa liberté de religion¹³⁶.

126. D'ailleurs, c'est dans le cadre de cette interprétation constitutionnelle de type libéral que s'inscrivent certaines dispositions de la *Loi sur la laïcité de l'État*, plus particulièrement l'article 8 alinéa 2 du chapitre III¹³⁷ qui énonce « [qu']une personne qui se présente pour recevoir un service par un membre du personnel d'un organisme¹³⁸ doit avoir le visage découvert lorsque cela est nécessaire pour permettre la vérification de son identité ou pour des motifs de sécurité. [...] » La personne qui ne respecte pas cette obligation ne peut recevoir le service qu'elle demande, le cas échéant.

127. Au travers de cette disposition, le législateur québécois, comme les juges de la Cour suprême du Canada, se réfère à des valeurs fondamentales pour interdire le port de signes religieux venant couvrir le visage: d'une part, celles en lien avec les exigences communicationnelles d'une société libre et démocratique; d'autre part, aussi celles en rapport avec une certaine compréhension de l'égalité entre les hommes et les femmes, cette disposition empêchant que le port d'un signe religieux comme le niqab vienne entraver les interactions d'une femme avec un membre d'un organisme public, à la différence d'un homme.

128. Au niveau de la Cour suprême du Canada, à cette interprétation constitutionnelle de type libérale, s'ajoute une autre interprétation: une interprétation « de type pluraliste multiculturaliste », toujours pour reprendre la distinction proposée par Luc B. Tremblay¹³⁹.

136. *Ibid.*, par. [92].

137. *Loi sur la laïcité de l'État*, art. 8: « Un membre du personnel d'un organisme doit exercer ses fonctions à visage découvert. De même, une personne qui se présente pour recevoir un service par un membre du personnel d'un organisme doit avoir le visage découvert lorsque cela est nécessaire pour permettre la vérification de son identité ou pour des motifs de sécurité. La personne qui ne respecte pas cette obligation ne peut recevoir le service qu'elle demande, le cas échéant. Pour l'application du deuxième alinéa, une personne est réputée se présenter pour recevoir un service lorsqu'elle interagit ou communique avec un membre du personnel d'un organisme dans l'exercice de ses fonctions. »

138. Selon l'article 7 de la présente loi, « pour l'application du [...] chapitre III, on entend par "membre du personnel d'un organisme" un membre du personnel d'un organisme [public] énuméré à l'annexe I ainsi qu'une personne mentionnée à l'annexe III qui est assimilée à un tel membre. »

139. *Supra*, note 118.

129. Ce type d'interprétation s'efforce de prendre ses distances par rapport à l'interprétation de type libéral qui définit *a priori* des valeurs fondamentales à l'aune desquelles apprécier les limites aux droits fondamentaux, et tout particulièrement au droit à la liberté de religion. Il en critique l'absence de neutralité et la référence plus ou moins explicite à une certaine conception du bien dont l'État se fait le tenant. Comme a pu l'expliquer Stéphane Bernatchez :

[L]a philosophie politique contemporaine a bien mis en lumière le « fait du pluralisme », en vertu duquel il existe, dans les sociétés démocratiques, une pluralité de conceptions du bien [...]. [Or l]e modèle [interprétatif de type libéral] postule une conception libérale de l'être humain et de ses intérêts, besoins, valeurs et revendications, qui n'est pas susceptible d'assurer la neutralité et l'impartialité requises constitutionnellement. [Ce] modèle libéral [...] n'est [donc] pas neutre entre les différentes conceptions du bien¹⁴⁰.

130. En outre, l'interprétation de type pluraliste et multiculturaliste tente de pallier certains des effets préjudiciables de l'interprétation de type libéral. En effet, dans ce type d'interprétation, en définissant des valeurs fondamentales de référence abstraites et générales, certaines expressions du for intérieur peuvent se voir *a priori* jugées comme abusives ou, tout au moins, être envisagées comme incompatibles avec le fonctionnement d'une société libre et démocratique. Une telle interprétation constitutionnelle est considérée comme pouvant développer une sensibilité particulière au port de certains signes religieux tel que, par exemple, le port du voile intégral dans l'espace public par certaines femmes musulmanes.

131. Dès lors, la visée de l'interprétation constitutionnelle de type pluraliste et multiculturaliste est de poser des limites au droit à la liberté de religion sur le fondement de l'article 1^{er} de la *Charte canadienne* tout en assurant autant que possible une « impartialité processuelle¹⁴¹ » permettant de ne pas porter de jugement de valeur sur les manifestations du for intérieur de l'individu restreintes. En fait, ce type d'interprétation constitutionnelle cherche à s'inscrire davantage dans la perspective de l'article 1^{er} de la *Charte canadienne* visant à poser des limites aux droits fondamentaux mais en y portant une atteinte minimale.

140. Bernatchez, *supra* note 120, par. [36].

141. *Ibid.* par. [36].

132. Pour y parvenir, cette démarche jurisprudentielle recourt alors à un contrôle de proportionnalité marqué par le souci de réaliser une « pondération [contextuelle] des intérêts et [une] optimisation des valeurs en conflit¹⁴². » C'est de cette façon que cette démarche cherche à nuancer, voire même à évincer, certains effets négatifs de l'interprétation de type libéral.

133. Dans la décision *R. c. N.S.*¹⁴³, c'est cette visée bien particulière que la juge McLachlin poursuit en recourant à la pondération contextuelle des droits en présence pour arbitrer la tension entre le droit à la liberté de religion de la plaignante souhaitant porter son niqab pour témoigner et le droit des accusés à un procès équitable. Plus précisément, pour elle, cette pondération doit se faire en envisageant successivement quatre questions. Premièrement, le fait d'obliger le témoin à enlever le niqab pendant son témoignage est-il de nature à porter atteinte à sa liberté de religion ? Deuxièmement, le fait d'autoriser le témoin à porter le niqab pendant son témoignage poserait-il un risque sérieux pour l'équité du procès ? Troisièmement, y a-t-il possibilité de réaliser les deux droits et d'éviter le conflit qui les oppose [notamment par un accommodement raisonnable] ? Enfin, quatrièmement, s'il est impossible d'éviter le conflit, les effets bénéfiques de l'obligation faite au témoin de retirer le niqab sont-ils plus importants que ses effets préjudiciables¹⁴⁴ ?

134. Par ces questions, la juge en chef s'efforce de réaliser un contrôle de proportionnalité en adoptant un cadre d'analyse qui vise à structurer les

142. *Ibid.*, par. [34]. Voir aussi Tremblay, *supra* note 118, par. [25] à [40] qui analyse en détail la mécanique de ce modèle de type pluraliste et multiculturaliste désigné, par lui, comme « le modèle de l'optimisation des valeurs en conflit. » Selon lui, dans ce modèle, « les normes constitutionnelles écrites et non écrites expriment aussi un ensemble de valeurs concurrentes qui peuvent se manifester de diverses manières : par des droits individuels, des droits collectifs, des buts sociaux, des biens collectifs, des procédures, des institutions ou autrement. Cependant, toutes les valeurs constitutionnelles concurrentes ont le même statut dans l'ordre constitutionnel et, conséquemment, dans l'argumentation constitutionnelle. Il n'y a aucun ordre de priorité, lexical ou autre, entre elles [...]. [Dès lors, l]es valeurs en conflit doivent plutôt être optimisées. Cela signifie qu'elles doivent être réalisées le plus possible, compte tenu du contexte factuel et juridique qui a fait naître le conflit. [...] La question de savoir si une restriction donnée optimise les valeurs en conflit n'est [donc] pas abstraite : elle est pragmatique et contextuelle. Elle se fonde exclusivement sur les conséquences empiriques probables de la restriction sur les valeurs constitutionnelles en conflit dans le contexte d'une affaire particulière. Une telle analyse implique deux types de jugements de fait. Le premier type concerne les significations subjectives qu'une atteinte à une valeur donnée a réellement pour ceux qu'elle affecte le plus. Le second type de jugements de fait concerne le fondement empirique des diverses assertions avancées par les parties concernées à l'appui de leurs prétentions. »

143. *R. c. N.S.*, *supra* note 17, par. [54] et [55].

144. *Ibid.*, par. [9].

prises de décision des juges confrontés à des conflits entre des droits fondamentaux. Toutefois, pour elle, ce cadre relève de la compétence du juge de première instance. En effet, au regard des faits de l'espèce, lui seul peut réaliser une juste pondération en identifiant les risques concrets pour l'accusé si la plaignante témoigne avec son niqab mais aussi les effets préjudiciables pour cette dernière si elle dépose sans son voile intégral¹⁴⁵.

135. À la différence du juge LeBel, la juge en chef refuse donc d'imposer des normes fondamentales de référence pour remettre en cause le port du niqab dans la salle d'audience¹⁴⁶. D'ailleurs, selon elle, un tel refus systématique est abusif puisqu'il existe certainement des situations où le témoignage d'une femme intégralement voilée ne met pas en danger l'équité du procès, notamment « si son témoignage n'est pas contesté¹⁴⁷. »

136. Dans la décision *R. c. N.S.*¹⁴⁸, par son interprétation constitutionnelle de type pluraliste et multiculturaliste, la juge en chef se montre donc soucieuse d'imposer aux tribunaux une neutralité de posture vis-à-vis des pensées, opinions et croyances religieuses des parties pour que le juge demeure un arbitre impartial de la diversité religieuse et culturelle au sein de la salle d'audience au Canada. Par cette structure de raisonnement, elle vise à s'assurer que la validité *a priori* d'un signe ou d'une pratique ne soit pas discutée par les tribunaux, ceux-ci ne pouvant d'emblée se prononcer en leur faveur ou en leur défaveur au risque de prendre des positions de nature à les stigmatiser.

137. Pour finir, il est important de noter que, dans la décision *R. c. N.S.*, la juge Abella, dans une position dissidente, ne recourt pas, contrairement à la décision *Bruker c. Marcovitz*¹⁴⁹, au contrôle de proportionnalité relevant du modèle de type libéral. Dans *R. c. N.S.*, elle suit le même type de raisonnement que la juge en chef. Toutefois, à la différence de cette dernière, la juge Abella réalise alors une pondération contextuelle des intérêts en présence de manière bien différente de la juge McLachlin puisqu'elle en arrive à la conclusion que la plaignante devrait pouvoir porter son niqab pour témoigner. Pour la juge Abella :

145. *Ibid.*, par. [45].

146. *Ibid.*, par. [53].

147. *Ibid.*, par. [28].

148. *Ibid.*, par. [54] et [55].

149. *Bruker c. Marcovitz*, *supra* note 123.

la création d'un environnement judiciaire où l'on gêne davantage les victimes en leur demandant de choisir entre leurs droits religieux et le droit d'obtenir justice ternit l'image d'équité que se fait le public non seulement du procès mais du système de justice lui-même¹⁵⁰.

138. Comme le droit canadien, le droit français vise aussi à maintenir un certain ordre social pluraliste où le droit à la liberté de religion peut être largement reconnu et raisonnablement encadré. Toutefois, à la différence du Canada, le droit français est plutôt fondé sur la préservation des libertés d'autrui et donc de l'ordre social en limitant la manifestation abusive du for intérieur de certains croyants.

2.2.2. En France : prendre en compte les libertés d'autrui dans la manifestation du for intérieur et éviter son expression abusive

139. Dans son identification des limites au droit de manifester librement ses opinions, pensées et croyances religieuses, le droit français, dans une perspective de type libéral¹⁵¹, affirme l'importance de reconnaître un contenu large à ce droit mais, en même temps, il met aussi l'accent sur le nécessaire respect de la liberté d'autrui et surtout de l'ordre public pour permettre à tous et à toutes de bénéficier de cette liberté. L'individu profite donc d'un droit reconnu et protégé de manifester librement son for intérieur mais il ne peut toutefois en abuser au détriment des autres et de la société dans son ensemble.

140. Tout d'abord, le nécessaire respect des libertés d'autrui dans l'exercice de sa propre liberté a été affirmé en France, dès 1789, dans l'article 4 de la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen* qui énonce que « [l]a liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. »

141. En droit français, cet article 4 est l'un des fondements de la limitation du droit à la liberté de manifester ses convictions en public ou en privé, qui fait entrer un tiers – l'Autre, les Autres, voire la société tout entière

150. *R. c. N.S.*, *supra* note 17, par. [95].

151. Dans une perspective de type libéral, les droits fondamentaux profitent d'une interprétation large. Toutefois, dans cette perspective, le contexte de leur édicton ne peut être non plus négligé, à savoir le nécessaire respect de principes et valeurs fondamentales assurant les assises libres et démocratiques de la société dans son ensemble. Sur cette perspective de type libéral, voir Bernatchez, *supra* note 120, par. [20] et s.

– dans la relation entre l'individu et sa religion. À partir de ce texte, le Conseil constitutionnel a d'ailleurs pu affirmer qu'il est interdit «à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers¹⁵²». Dans la sphère publique, il en est même du devoir de citoyen d'acquiescer¹⁵³ puis de faire primer les principes communs sur ses valeurs personnelles.

142. En France, l'ensemble des textes historiques comme actuels proclament cette liberté en bornant son exercice par le principe d'ordre public. Ce dernier est désormais reconnu comme objectif de valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel. Considéré comme l'un «des impératifs liés à la vie en société qui doivent guider l'action normative¹⁵⁴», il comporte traditionnellement le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques¹⁵⁵, auquel la jurisprudence administrative a ajouté au moins la moralité publique et la dignité humaine.

143. En fait, selon la section des rapports et des avis du Conseil d'État français :

[l]'ordre public répond à un socle minimal d'exigences réciproques et de garanties essentielles de la vie en société, qui, comme par exemple le respect du pluralisme, sont à ce point fondamentales qu'elles conditionnent l'exercice des autres libertés, et qu'elles imposent d'écarter, si nécessaire, les effets de certains actes guidés par la volonté individuelle¹⁵⁶.

144. Par conséquent, en France, il est conçu comme une condition de l'exercice par les autres de leurs libertés, mais aussi de leur caractère tangible. Il justifie les restrictions aux libertés au niveau national par le législateur, et au niveau local par le maire, tout particulièrement lorsque leur exercice se révèle abusif. Dans cette perspective, l'exercice du droit à la liberté religieuse peut donc, en certaines circonstances, être considéré comme une violation de l'ordre public. Tel est le cas, par exemple, lorsque, pour des motifs religieux, une personne s'enchaîne à une table d'opération pour empêcher une

152. Conseil constitutionnel français, décision n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004.

153. Charles-Maurice de Talleyrand-Périgord, *Rapport sur l'instruction publique, fait, au nom du Comité de constitution*, 1791, p. 27 : «On ne peut trop tôt faire connaître et trop tôt faire apprécier cette constitution pour laquelle on doit vivre.»

154. Pierre Mazeaud, «Libertés et ordre public», 2003.

155. Code général des collectivités territoriales, art. L. 2212-2.

156. Conseil d'État, *supra* note 122.

interruption volontaire de grossesse ou lorsqu'une prière de rue collective non organisée empêche la circulation.

145. À ces exemples, s'ajoute aussi, en France, une sensibilité particulière s'agissant du port de signes religieux, qui se manifeste par une réinterrogation constante de l'intention (non pas théologique, mais envers la société) de celui qui appose un signe – sur soi ou sur un édifice – et conduit souvent, de ce fait, à les envisager comme potentiellement fauteurs de désordre.

146. En France, cette méfiance présente une double caractéristique. D'une part, elle ne vient pas nécessairement du caractère religieux des signes mais plutôt de leur visibilité. Elle intègre donc les emblèmes philosophiques ou politiques et les drapeaux portés ou apposés sur les bâtiments¹⁵⁷. D'autre part, ce n'est pas une méfiance nouvelle, qui serait apparue avec le développement du port du foulard musulman. Par exemple, quelques années après l'adoption de la loi de séparation des Églises et de l'État¹⁵⁸, des maires avaient déjà essayé d'interdire aux membres du clergé, revêtus de leurs habits sacerdotaux, d'accompagner à pied les convois funéraires conformément à la tradition locale, ces interdictions ayant ensuite été invalidées par le juge¹⁵⁹. Le contentieux administratif s'est aussi toujours nourri des contestations de croix ou de crèches de la nativité dans les bâtiments publics.

147. Dès lors, en droit français, le port de signes religieux dans l'espace public est protégé par les juridictions en tant que libre manifestation de

157. L'une des premières affaires à propos de signes ostentatoires concernent « l'exhibition et la vente [...] des drapeaux et insignes aux couleurs nationales revêtus d'un emblème quelconque » qui avaient été interdits à la vente par un arrêté préfectoral « dans l'intérêt de la sûreté et de la tranquillité publiques » (Conseil d'État, 10 août 1917, n° 59855, publié au recueil Lebon). Les juridictions administratives ont aussi annulé la décision d'un conseil municipal ayant décidé d'apposer sur le fronton de la mairie un drapeau rouge, vert et noir après avoir considéré que ce drapeau, « s'il n'est pas l'emblème d'un parti politique déterminé, est le symbole d'une revendication politique exprimée par certains mouvements » (Conseil d'État, 27 juillet 2005, n° 259806, publié au recueil Lebon). Il s'agissait d'un drapeau de mouvements autonomistes martiniquais.

158. À cette époque, un amendement proposant l'interdiction de la soutane en dehors des lieux de culte avait été discuté, avant d'être largement rejeté par l'Assemblée. Sur cette question, voir Pierre-Henri Prêlot, « Les signes religieux et la loi de 1905. Essai d'interprétation de la loi portant interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public à la lumière du droit français des activités religieuses », 2012, p. 25.

159. Le Conseil d'État a estimé au regard des délibérations du Conseil municipal que ces restrictions avaient été motivées par des considérations anticléricales, par conséquent « étrangères à l'objet, en vue duquel l'autorité municipale a été chargée de régler le service des inhumations » (Conseil d'État, 19 février 1909, n° 27355, publié au recueil Lebon).

croyances¹⁶⁰. Il n'est donc pas considéré, en lui-même, comme incompatible avec le principe de laïcité¹⁶¹. La liberté est le principe et la restriction l'exception, l'État ne peut donc imposer que des restrictions justifiées, c'est-à-dire des mesures nécessaires au maintien de l'ordre public qui sont proportionnées et qui ne sont ni générales ni absolues. D'ailleurs, l'exigence juridique que ces restrictions soient nécessaires, proportionnées, particulières et limitées explique que la plupart des arrêts visant à interdire les « burkinis » sur les plages aient été jugés illégaux par le Conseil d'État français¹⁶².

148. Le législateur français a tout de même apporté deux restrictions à la liberté de porter un signe pouvant manifester une appartenance religieuse. La première concerne la dissimulation du visage qui est interdite depuis 2010 par principe, qu'elle soit justifiée ou non par des motifs religieux¹⁶³, et avec de nombreuses exceptions notamment dans les lieux de culte ou pour des motifs d'hygiène, de sécurité et de santé. La seconde est spécifique à l'école publique et impose aux élèves une obligation de ne porter que des signes confessionnels discrets¹⁶⁴, ce qui en pratique exclut les voiles musulmans, kippas, kirpans et grandes croix, en ne permettant finalement presque que le port de petites médailles religieuses.

149. Dans la détermination des limites à la manifestation libre du for intérieur, en droit français, s'impose peu à peu une tentation de définir des signes abusifs par rapport non pas à des considérations théologiques, mais pour préserver l'ordre social, défini au travers de la notion d'ordre public. Le souci de préserver la paix sociale mais aussi des valeurs fondamentales, comme l'égalité entre les hommes et les femmes ou la communication dans

160. Conseil d'État, 20 mai 1996, n° 170398, inédit au recueil Lebon : le foulard musulman, alors même qu'il semble parfois cristalliser les débats médiatiques, « ne saurait être regardé comme un signe présentant par nature un caractère ostentatoire ou revendicatif ou présentant, par son seul port, un acte de prosélytisme ou de pression. »

161. Conseil d'État, avis n° 346893, 27 novembre 1989, inédit au recueil Lebon.

162. Selon le Conseil d'État, l'arrêté litigieux avait donc porté une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales que sont la liberté d'aller et venir, la liberté de conscience et la liberté personnelle : « Le maire ne pouvait, sans excéder ses pouvoirs de police, édicter des dispositions qui interdisent l'accès à la plage et la baignade aux personnes portant des tenues manifestant de manière ostensible une appartenance religieuse » (Conseil d'État, 26 septembre 2016, n° 403578, mentionné dans les tables du recueil Lebon).

163. Il faut tout de même préciser que le voile intégral était particulièrement visé par cette loi comme le prouvent le contexte de son adoption et son exposé des motifs : voir *Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*.

164. Code de l'éducation, art. L. 141-5-1.

l'espace public, semble être au cœur des dispositifs légaux venant limiter, voire interdire, certaines expressions religieuses du for intérieur de l'individu.

150. D'ailleurs, ces valeurs ont pu être rappelées avec force dans l'exposé des motifs du projet de loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public déposé en mai 2010 :

[l]a France n'est jamais autant elle-même, fidèle à son histoire, à sa destinée, à son image, que lorsqu'elle est unie autour des valeurs de la République : la liberté, l'égalité, la fraternité. Ces valeurs sont le socle de notre pacte social ; elles garantissent la cohésion de la Nation ; elles fondent le respect de la dignité des personnes et de l'égalité entre les hommes et les femmes. Ce sont ces valeurs qui sont aujourd'hui remises en cause par le développement de la dissimulation du visage dans l'espace public, en particulier par la pratique du port du voile intégral¹⁶⁵.

151. Le droit européen, dont on rappelle qu'il a une valeur supérieure à la loi, ne contredit pas cette conception française de la liberté de manifester ses convictions. L'ancien président de la Cour européenne des droits de l'Homme considérait ainsi en 2016 que la jurisprudence de la Cour présentait trois caractéristiques :

[d]'abord la liberté d'avoir ou de ne pas avoir une religion, ou le cas échéant d'en changer, est bien mieux protégée que celle de manifester sa foi. [...] Ensuite, un grand nombre d'arrêts, en proportion, ont été rendus sur des requêtes contre des États laïques, ou quasi-laïques si je puis dire, et souvent la Cour a conclu à la non-violation ; si bien que la laïcité a été en quelque sorte survalorisée et en somme bien traitée par la jurisprudence. [...] Enfin, il me semble qu'il y a un certain rapprochement entre les régimes juridiques des États européens dans le domaine de la liberté religieuse.

152. En conclusion, le multiculturalisme canadien et la laïcité française participent d'une même tradition libérale. Leur attachement commun à la liberté leur permet de reconnaître chaque citoyen et chaque citoyenne libres de définir en conscience leurs pensées, opinions et croyances. Dans certains cas, il les conduit aussi à définir des valeurs fondamentales pour limiter, s'il y a lieu, l'expression du for intérieur de la personne tout en respectant un principe de proportionnalité dans le contrôle de cette expression.

165. *Projet de loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, projet de loi n°675, adopté en 1^{ère} lecture par l'Assemblée nationale française, 13 juillet 2010.

153. L'égalité entre les hommes et les femmes ainsi que le maintien de la communication dans l'espace public y sont d'ailleurs deux valeurs partagées : à plusieurs reprises, elles ont été considérées au fondement de l'ordre démocratique et libéral que ces deux droits cherchent à préserver.

154. Depuis les années 80, le droit canadien a toutefois pris certaines orientations juridiques différentes du droit français. Par son approche existentielle et expérientielle des pensées, opinions et croyances, il s'efforce désormais de protéger, s'il y a lieu, le terreau culturel et communautaire dans lequel la personne enracine son identité et à partir duquel elle puise le sens qu'elle choisit de donner à son existence.

155. Cette perspective canadienne tranche avec le droit français davantage marqué par une défiance à l'égard des signes religieux et une peur du retour des violences religieuses connues dans le passé. En effet, face aux expressions extérieures libres du for intérieur de la personne, si le juge canadien les aborde comme une forme légitime de la manière singulière dont une personne est au monde, le juge français peut les envisager plutôt comme une manifestation inquiétante pouvant potentiellement venir troubler l'ordre public en brimant, notamment, les libertés d'autrui.

156. Cependant, par-delà ces différences de compréhension et de posture, en plus de la liberté, le droit canadien et le droit français n'en demeurent pas moins attachés tous les deux à l'égalité. C'est ainsi que l'un et l'autre considèrent que la liberté ne peut être effective que si toute personne présente sur leur territoire peut en bénéficier de manière pleinement égale et être assurée de ne pas subir de discrimination en raison de ce qu'elle pense, de ce qu'elle incarne, de ce qu'elle manifeste ou de ce qu'elle professe.

CHAPITRE 2

Égalité¹

157. Le multiculturalisme canadien et la laïcité française s'inscrivent dans une Histoire philosophique et juridique commune marquée par la proclamation de l'égalité devant la loi pour s'assurer que tous les citoyens puissent être titulaires de droits fondamentaux et en avoir une pleine jouissance. Au niveau collectif, cette proclamation fonde deux sociétés pluralistes où tous les citoyens deviennent « égaux en tant que membres d'un groupe [ayant pris la] décision de [se] garantir mutuellement des droits égaux². » Au niveau individuel, elle consacre aussi l'exigence d'un même respect pour chaque citoyen et chaque citoyenne, reconnu digne, en tant qu'être humain, d'appartenir à ce groupe, quelles que soient ses singularités. Selon Daniel Proulx :

[c]'est au xx^e siècle que le concept d'égalité connaît sa plus forte évolution, notamment dans les pays dotés d'une constitution écrite comme aux États-Unis, en France ou en Allemagne, puisque l'égalité devient une norme opposable au législateur, c'est-à-dire au contenu même de la loi. Le respect de la dignité de chaque être humain sur laquelle repose la philosophie libérale exige dès lors que tous soient égaux en droits et, par conséquent, traités également par la loi³.

158. Sur ces assises philosophiques et politiques, l'égalité dite formelle est devenue un principe au fondement de la règle de droit canadienne et française exigeant, dans son contenu et dans sa mise en œuvre, une égale reconnaissance et une égale protection de toute personne présente sur le territoire national, quelles que soient, notamment, les pensées, opinions, convictions et croyances qu'elle exprime au sein de la société.

-
1. Ce chapitre, dans sa presque intégralité, a déjà fait l'objet d'une publication : voir ainsi Christelle Landheer-Cieslak et Mathilde Philip-Gay, « Chapitre 9. Le multiculturalisme libéral canadien et la laïcité républicaine française : en quête d'un équilibre entre égalité formelle et égalité réelle », dans Stéphane Bernatchez, Raphaël Mathieu Legault-Laberge et Pierre C. Noël, (dir.), *Droit des religions. Canada-Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2024, p. 405-458.
 2. Hannah Arendt, *Les origines du totalitarisme. L'impérialisme*, 1982.
 3. Daniel Proulx, « Le droit à l'égalité, pierre angulaire de la Charte des droits et libertés de la personne », 2015, p. 63.

159. C'est ainsi que la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴, dans son article 15, reconnaît que « [l]a loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous [...] ». Quant à la Constitution française du 4 octobre 1958, elle proclame que « [la France] assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. »

160. Au Canada, comme en France, l'égalité n'est toutefois pas qu'un principe au fondement de l'application de la règle de droit. Elle est aussi une finalité de l'application de cette même règle⁵, un droit subjectif que toute personne peut revendiquer si elle subit un préjudice pour un motif identifié. Sur ce fondement juridique, elle peut ainsi invoquer son droit de profiter de manière effective de la même protection et du même bénéfice de la loi, si tel n'est pas le cas. C'est ainsi que le premier paragraphe de l'article 15 de la *Charte canadienne* affirme que :

[...] tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

Ce paragraphe peut être rapproché de l'article 225-1 du Code pénal français qui prévoit que :

[c]onstitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques [ou entre les personnes morales] sur le fondement de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur perte d'autonomie, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée.

4. *Charte canadienne des droits et libertés*, édictée comme l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.U.), entrée en vigueur le 17 avril 1982 (ci-après « *Charte canadienne* »).

5. Sur la distinction entre l'égalité comme principe et l'égalité comme finalité de la règle de droit, voir Christelle Landheer-Cieslak, « L'égalité des identités religieuses : principe ou finalité pour les juges français et québécois de droit civil? », 2006.

161. En outre, au Canada, il est important de noter que, malgré l'énoncé du premier paragraphe de l'article 15 de la *Charte canadienne*, le deuxième paragraphe de ce même article n'exclut pas la possibilité de mesures destinées à soutenir certaines personnes défavorisées en raison de leurs caractéristiques personnelles, telles que leur religion. Il énonce ainsi que :

[l]e paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

162. Au Canada et en France, il est donc admis d'emblée que les spécificités d'une personne ou d'un groupe peuvent être considérées dans la mise en œuvre des règles juridiques et des mesures étatiques pour corriger une inégalité effective et faire advenir une égalité réelle. Toutefois, le critère pour évaluer cette spécificité ne sera pas le même. Le droit canadien se singularise par l'obligation de les prendre en compte dans certains cas, alors que, en droit français, au contraire, «le principe d'égalité n'implique pas [que des personnes] se trouvant dans des situations différentes doivent être soumises à des régimes différents⁶».

163. Par conséquent, au Canada comme en France, la consécration de l'égalité n'équivaut pas à l'uniformité. Ce constat interroge la présentation habituelle du multiculturalisme canadien et de la laïcité française. En effet, il est généralement entendu que le droit canadien se caractériserait par la consécration de l'égalité réelle, notamment au travers de sa reconnaissance de la discrimination positive⁷, tandis que le droit français s'affirmerait, au contraire, comme étant profondément attaché au principe de l'égalité formelle pour éviter toute fragmentation de la société, notamment pour des motifs religieux⁸.

6. Conseil d'État, 28 mars 1997, n° 179049, 179050 et 179054, publié au Recueil Lebon.

7. C'est ainsi que le deuxième paragraphe de l'article 15 de la *Charte canadienne* reconnaît la possibilité d'édicter des mesures destinées à soutenir certaines personnes défavorisées en raison de leurs caractéristiques personnelles, telles que leur religion.

8. Par exemple, Anne Levade écrivait en 2004 : «Principe d'égalité et discrimination positive sont, traditionnellement, présentés comme relevant de deux logiques fondamentalement différentes. Le premier, dans sa conception française traditionnelle, est conçu comme une égalité absolue bien que distincte d'un traitement absolument égalitaire. La seconde, d'origine américaine, consiste à instituer des inégalités – des discriminations – pour mieux promouvoir l'égalité en

164. En fait, il y a lieu de nuancer cette approche : dans leur pratique quotidienne, face aux inégalités religieuses, le droit canadien et le droit français sont en fait en quête d'un équilibre difficile entre l'égalité formelle et l'égalité réelle.

165. À bien des égards, cette quête commune d'équilibre se manifeste par leur choix d'appréhender les inégalités en matière religieuse au travers de deux types de différenciation juridique pour des raisons historiques (1.). Elle se révèle aussi au travers de certains aménagements de la règle commune que ces deux droits proposent pour rétablir l'égalité au sein de la société (2.).

1. L'APPRÉHENSION DES DIFFÉRENCES AU CANADA ET EN FRANCE : LE CHOIX DE DEUX TYPES DE DIFFÉRENCIATION JURIDIQUES RÉPARATRICES

166. Les droits canadien et français reconnaissent les différences au sein de la société. Toutefois, cette appréhension ne peut être comprise sans une mise en contexte historique, qui fait alors ressortir deux types de différenciations juridiques.

167. Il y a d'abord la différenciation juridique réparatrice du passé, celle qui vise à prendre en compte la colonisation ou les différentes autres formes d'occupation ayant affecté les peuples autochtones d'un territoire, en reconnaissant les règles et statuts juridiques préexistants à l'occupation de ce dernier. C'est ainsi que cette différenciation conduit le Canada et la France à admettre un certain pluralisme juridique⁹ sur leur territoire et à reconnaître les traditions religieuses propres aux peuples autochtones, ou qui ont précédé l'État (1.1.).

168. Ensuite, il faut aussi considérer la différenciation juridique réparatrice de l'inégalité sociale entre les individus, tout particulièrement lorsque ceux-ci expriment des convictions et adoptent des comportements minoritaires au sein de la société. En ce qui concerne ce type de différenciation, ces dernières années, il est possible d'observer un certain rapprochement

accordant à certains un traitement préférentiel » (Anne Levade, « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », 2004, p. 56).

9. Ghislain Otis, « L'autonomie gouvernementale autochtone et l'option de loi en matière de statut personnel », 2014, par. [2] ; l'auteur définit le pluralisme juridique comme « la simultanéité spatiale, matérielle et personnelle de plus d'un ordre normatif, étatique et non étatique. » Voir aussi Jacques Vanderlinden, « Les pluralismes juridiques », 2009, p. 25-31.

entre le droit canadien et le droit français, notamment en ce qui concerne la question de la discrimination et des aménagements de la règle commune pour respecter la diversité de la population (1.2.).

1.1. LA DIFFÉRENCIATION JURIDIQUE RÉPARATRICE DU PASSÉ : LA RECONNAISSANCE DES TRADITIONS RELIGIEUSES DE CERTAINES POPULATIONS AU CANADA ET EN FRANCE

169. La différenciation juridique réparatrice du passé à l'égard des populations autochtones ou ayant des traditions locales anciennes, est présente tant en droit canadien qu'en droit français. Toutefois, si cette différenciation est plutôt fondée sur la personnalité au Canada (1.1.1.), elle repose davantage sur le principe de territorialité en France (1.1.2.)

1.1.1. Au Canada : le choix d'une approche fondée sur la personnalité¹⁰

170. Au travers de sa politique en faveur du multiculturalisme depuis les années 70 et avec sa consécration constitutionnelle¹¹ et légale¹² dans les années 80, le Canada se présente, pour reprendre les termes de Pierre-Elliott Trudeau, comme :

[...] pluraliste dans son essence, « une mosaïque » comme disait Laurier, et non un *melting pot* à l'américaine. La nation canadienne est composée de citoyens appartenant à des minorités de toutes sortes : linguistiques, ethniques, raciales, religieuses, régionales, idéologiques et que sais-je encore¹³.

171. Toutefois, cette reconnaissance du « patrimoine multiculturel¹⁴ » du Canada ne saurait dissimuler son « difficile cheminement vers une unité

10. Ghislain Otis, « Territorialité, personnalité et gouvernance autochtone », 2006, p. 786 : « La "personnalité" des lois (ou du droit) signifie que le droit applicable à un individu, donc son assujettissement à un ordre juridique, est déterminé non pas exclusivement en fonction de son rattachement territorial mais sur la base de son appartenance personnelle à une communauté ou à un groupe national donné. Alors que la territorialité suppose que le pouvoir politique s'exerce par la médiation du sol, la personnalité fait que ce pouvoir s'exerce à travers le contrôle direct des personnes et des groupes. Par conséquent, selon le principe de personnalité, divers groupes ethniques ou nationaux dont la localisation spatiale est commune peuvent néanmoins être régis par des règles juridiques qui leur sont propres et, par conséquent, il est possible de parler d'une communautarisation ou d'une "ethnisation". »

11. Voir *Charte canadienne*, art. 27.

12. Voir *Loi sur le multiculturalisme canadien*, L.R.C. (1985), ch. 24 (4^e suppl.). Cette loi vise, notamment, à diffuser le multiculturalisme au-delà de l'État fédéral vers les provinces et les municipalités.

13. Pierre Elliot Trudeau, « Des valeurs d'une société juste », 1990, p. 381.

14. Voir *Charte canadienne*, art 27.

nationale toujours fragile et souvent menacée¹⁵», tout particulièrement en raison des tensions entre, d'un côté, les anciens colonisateurs, français et catholiques, puis, anglais et protestants, et, d'un autre côté, les peuples autochtones. En effet, dans le Canada contemporain, la question autochtone reste épineuse, comme l'ont montré ces dernières années les suites de la Commission « Vérité et réconciliation¹⁶ ».

172. Néanmoins, malgré ces difficultés persistantes, depuis les années 80, l'article 35 de la *Charte canadienne* assure une certaine autonomie politique et juridique aux peuples autochtones du Canada, notamment au travers de la reconnaissance de leurs droits ancestraux. C'est ainsi que cet article, dans ses paragraphes (1), (2) et (4), affirme que :

- (1) Les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.
- (2) Dans la présente loi, « peuples autochtones du Canada » s'entend notamment des Indiens, des Inuits et des Métis du Canada.
- (4) Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits – ancestraux ou issus de traités – visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes.

173. À partir de l'article 35 de la *Charte canadienne*, la Cour suprême du Canada a élaboré un régime juridique des droits ancestraux¹⁷ qui a eu deux conséquences importantes : d'une part, permettre aux peuples autochtones d'être, au Canada, des « sociétés distinctives¹⁸ » jouissant d'un « statut juridique – et maintenant constitutionnel – particulier¹⁹ » pour préserver leurs traditions, notamment religieuses ; d'autre part, assurer la consécration durable d'un statut personnel autochtone manifestant « l'éclatement du couple communauté-territoire dans l'ancrage du pouvoir²⁰ » de ces peuples.

15. Trudeau, *supra* note 13, p. 389.

16. À ce sujet, Jocelyn Maclure affirme que, face à tous ces événements marquants pour les communautés autochtones, le Canada n'est pas encore « post-colonial » sur le plan des relations avec les peuples autochtones ; voir Jocelyn Maclure, « Les droits ancestraux et la vie d'un enfant », 18 novembre 2014, en ligne. Dans le même sens, voir Adam M. Shehata, « Newfoundland Aboriginal Right to Pursue Traditional Medicine », 2016, p. 40.

17. Sur la présentation détaillée du régime des droits ancestraux dont ce texte s'inspire, voir Jean Leclair et Michel Morin, « Peuples autochtones et droit constitutionnel », à jour au 1^{er} janvier 2021.

18. *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. [31].

19. *Ibid.*, par. [30].

20. Ghislain Otis, « L'autonomie personnelle au cœur des droits ancestraux : *sub qua lege vivis* », 2007, par. [5].

174. Dans ces décisions, la Cour suprême du Canada s'est efforcée de définir les droits ancestraux. Elle a ainsi pu considérer que, « [...] pour constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question²¹. » Selon Ghislain Otis,

[l]es coutumes et traditions en matière d'adoption, de mariage, de culte religieux, d'éducation, de santé, de langue ou de patrimoine culturel sont susceptibles de faire partie intégrante de la culture distinctive d'un groupe autochtone et donc de constituer un droit ancestral reconnu et confirmé par la Constitution²².

175. En outre, les droits ancestraux présentent la particularité d'être reconnus comme des droits collectifs : c'est la communauté qui en est titulaire. Toutefois, pour la Cour suprême du Canada, à certaines conditions, les individus peuvent l'exercer :

[c]ertains droits [ancestraux], bien que la collectivité autochtone en soit titulaire, sont néanmoins exercés par des membres à titre individuel ou attribués à ceux-ci. De tels droits peuvent par conséquent posséder des attributs à la fois collectifs et individuels. Il est possible que des membres de la collectivité possèdent à titre individuel un intérêt acquis dans la protection de ces droits²³.

176. Dans ce cas, la personne doit alors prouver son appartenance à la communauté pour revendiquer son droit ancestral. Elle doit établir une triple preuve : premièrement, qu'elle s'identifie comme membre de la communauté²⁴ ; deuxièmement, qu'il existe des liens ancestraux entre elle et cette communauté²⁵ ; troisièmement, qu'elle a été acceptée « par la communauté actuelle dont la continuité avec la communauté historique constitue le fondement juridique du droit revendiqué²⁶ ».

21. *R. c. Van der Peet*, *supra* note 18, par. [46].

22. Otis, *supra* note 20, par. [23].

23. *Behn c. Moulton Contracting Ltd.*, [2013] 2 R.C.S. 227, par. [33].

24. *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207, par. [31].

25. *Ibid.*, par. [32] : « Cette exigence objective garantit que les bénéficiaires des droits protégés par l'art. 35 possèdent un lien réel avec la communauté historique dont les pratiques fondent le droit revendiqué. [...] Nous n'exigerions pas la preuve de "liens du sang" minimums, mais plutôt la preuve que les ancêtres du demandeur appartenaient, par naissance, adoption ou autrement, à la communauté [...] historique. »

26. *Ibid.*, par. [33] : « L'élément central du critère de l'acceptation par la communauté est la participation, passée et présente, à une culture commune, à des coutumes et traditions qui constituent l'identité de la communauté [...] et qui la distinguent d'autres groupes [...]. La participation aux activités de la communauté et le témoignage d'autres membres sur les liens du demandeur

177. Dans l'affaire *Hamilton Health Sciences Corp. v. D.H.*²⁷, en 2014, c'est en établissant, sur ce fondement, son appartenance à la communauté des Six Nations de la rivière Grand que, en Ontario, une mère autochtone a pu invoquer des droits ancestraux pour refuser des soins considérés comme vitaux pour sa fille de onze ans. Dans cette affaire, la jeune fille avait commencé un traitement de chimiothérapie contre une leucémie lymphoblastique aiguë. Les chances de succès de ce traitement étaient élevées (plus de 90 %). Cependant, après dix jours de traitement, la mère a décidé de le suspendre et de recourir à la médecine traditionnelle de sa communauté.

178. Face à cette situation, en vertu d'une loi ontarienne sur les services à l'enfance²⁸, l'hôpital s'est adressé au tribunal pour faire reconnaître que l'enfant avait besoin de protection et qu'elle devait être retirée de son milieu familial pour recevoir sous contrainte les traitements médicaux nécessaires pour la soigner. Le Conseil de bande des Six Nations auquel appartenaient la mère et l'enfant avait aussi été introduit comme partie au litige²⁹. Il soutenait les prétentions de la mère.

179. Dans son jugement, le juge Edward a considéré que les traditions de guérison autochtones auxquelles la mère se référait étaient des pratiques ancestrales protégées par l'article 35 de la *Charte canadienne*. Dès lors, selon lui, puisque la mère avait décidé d'invoquer cette disposition constitutionnelle et de recourir à la médecine traditionnelle autochtone pour soigner sa fille, l'enfant ne pouvait être considérée comme ayant besoin de protection au sens de la loi ontarienne³⁰. Selon le juge Edward, cette médecine traditionnelle devait être respectée, au motif qu'il était démontré qu'elle faisait partie intégrante de la culture distincte des Six Nations de la rivière Grand et qu'elle s'inscrivait en continuité avec les pratiques historiques de cette communauté, antérieures à l'arrivée des Européens³¹.

avec la communauté et sa culture peuvent également s'avérer des indices de l'acceptation par la communauté. La diversité des formes de preuve acceptables ne réduit pas le besoin de démontrer objectivement l'existence, entre le demandeur et d'autres membres de la communauté titulaire des droits, d'un lien solide formé d'une identification mutuelle présente et passée et d'un sentiment commun d'appartenance.»

27. *Hamilton Health Sciences Corp. v. D.H.*, 2014 ONCJ 603.

28. *Child and Family Services Act*, R.S.O. 1990, c. C.11.

29. Alexandra Foucher, *Le refus de soins par des parents pour leur enfant mineur et la reconnaissance de l'exercice d'un droit ancestral à la médecine traditionnelle autochtone*, 2015, p. 29.

30. *Hamilton Health Sciences Corp. v. D.H.*, *supra* note 27, par. [83].

31. *Ibid.*, par. [79]: « *The point is traditional medicine continues to be practised on Six Nations as it was prior to European contact and, in this court's view, there is no question it forms an integral part*

180. Dans la jurisprudence canadienne, sur le fondement de l'article 35 de la *Charte canadienne*, les pratiques ancestrales autochtones profitent donc d'une protection spéciale. Toutefois, il est important de noter que les droits ancestraux ne sont pas absolus. Ils connaissent certaines limites.

181. La Cour suprême a ainsi pu affirmer que le régime juridique des droits ancestraux ne remet pas en cause « la souveraineté et la compétence législative [qui revient à] Sa Majesté³² », c'est-à-dire à l'État canadien. Les tribunaux doivent donc concilier l'article 35 de la *Charte canadienne* avec le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui attribue au Parlement central une compétence exclusive à l'égard des « Indiens et des terres réservées aux Indiens »³³.

182. Ensuite, « les droits ancestraux existent dans les limites du système juridique canadien³⁴ » ce qui signifie que, en plus de l'égalité des sexes affirmée dans le paragraphe 4 de l'article 35 de la *Charte canadienne*, les droits ancestraux restent normalement soumis aux autres droits garantis par cette charte³⁵. D'ailleurs, dans la décision *Hamilton Health Sciences Corp. v. D.H.*, c'est le souci de poser des limites aux droits ancestraux et de préserver les droits fondamentaux de la jeune fille de onze ans, membre de Six Nations de la rivière Grand, qui a conduit à une clarification du jugement du juge Edward, par une procédure d'amendement, de manière à y réintégrer le critère du meilleur intérêt de l'enfant. En effet, en 2015, un nouveau paragraphe [83a] a été rédigé par le juge Edward et ajouté à sa décision. Il se lit ainsi :

[b]ut, implicit in this decision is that recognition and implementation of the right to use traditional medicines must remain consistent with the principle that the best

of who the Six Nations are. » Ce passage de la décision du juge Edward est à mettre en lien avec le paragraphe [63] de la décision *R. c. Van der Peet*, *supra* note 18 : « Quand une collectivité autochtone peut démontrer qu'une coutume, pratique ou tradition particulière fait partie intégrante de sa culture distinctive aujourd'hui et marque une continuité avec les coutumes, pratiques et traditions de l'époque antérieure au contact avec les Européens, cette collectivité aura fait la preuve que cette coutume, pratique ou tradition est un droit ancestral au sens du par. [35] ».

32. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

33. Otis, *supra* note 20, par. [19] : « [L]a protection constitutionnelle des droits ancestraux ne met pas fin à la capacité des autorités fédérales ou provinciales de légiférer, selon leurs compétences respectives, de manière à régir directement ou indirectement une question tombant par ailleurs dans le champ d'un droit ancestral. »

34. *R. c. Van der Peet*, *supra* note 18, par. [49].

35. Ghislain Otis, « La gouvernance autochtone avec ou sans la Charte canadienne? », 2005.

*interests of the child remain paramount. The aboriginal right to use traditional medicine must be respected, and must be considered, among other factors, in any analysis of the best interests of the child, and whether the child is in need of protection. Taking into account the aboriginal right, and the constitutional objective of reconciliation and considering carefully the facts of this case, I concluded that this child was not in need of protection*³⁶.

183. Dans cette décision, cette clarification textuelle *a posteriori* s'inscrit dans une situation factuelle bien particulière. En effet, à la suite de la première rédaction de la décision du juge Edward, la famille de la jeune fille et les avocats du Procureur général de l'Ontario avaient commencé à ouvrir un dialogue. Cet échange avait conduit à la décision de constituer une nouvelle équipe traitante pour soigner l'enfant, alliant la médecine scientifique occidentale et la médecine traditionnelle. C'est dans ce contexte apaisé que s'inscrit l'ajout de la référence au critère du meilleur intérêt de l'enfant. Après discussions, le Procureur général ontarien avait accepté de se satisfaire de la décision du juge Edward et de ne pas la porter en appel dans la mesure où l'intérêt de l'enfant demeurerait un critère de référence pour apprécier et limiter le contenu et l'exercice des droits ancestraux³⁷.

184. L'article 35 de la *Charte canadienne* assure une réelle protection des coutumes, pratiques ou traditions des peuples autochtones. Dans la jurisprudence canadienne, force est de constater que cette protection se rattache moins au territoire qu'à la communauté considérée comme « une entité sociohistorique, se concrétisant [...] dans des pratiques et institutions familiales, sociales, culturelles, religieuses ou économiques qui ne nécessitent aucun arrimage spatial³⁸ ». Cette jurisprudence constitutionnelle tranche avec le modèle français relatif à des questions semblables, très fortement ancré dans le modèle de la territorialité.

36. Ce paragraphe a été ajouté à la décision initiale *Hamilton Health Sciences Corp. v. D.H.*, *supra* note 27. Le juge Edward explique le sens de cet ajout dans l'amendement *Hamilton Health Sciences Corp. v. D.H.*, 2015 ONCJ 229.

37. *Ibid.*

38. Otis, *supra* note 20, par. [23].

1.1.2. En France : le choix d'une approche fondée sur la territorialité³⁹

185. En matière religieuse, le principe français de laïcité n'a pas remis en cause les singularités juridiques locales justifiées par « l'Histoire et la situation géographique, ethnique et culturelle⁴⁰ ». Une véritable différence de traitement juridique existe donc entre les religions selon la partie du territoire français où elles se pratiquent. Par exemple, si, en Alsace-Moselle, quatre cultes (catholique, juif, protestant luthérien et protestant réformé) ont un statut particulier dans le cadre du régime concordataire, en Guyane, des règles pouvant paraître plus favorables s'appliquent uniquement au culte catholique tandis que dans le département de Mayotte, territoire dont la population est à 95 % musulmane⁴¹, l'Islam est davantage distingué par le droit et les pratiques sociales⁴² que les autres formes de pensée ou cultures.

186. Ainsi, en Alsace-Moselle, les religieux catholiques, les rabbins et pasteurs sont rémunérés par l'État⁴³, les organes culturels sont des établissements publics, et un enseignement religieux est prodigué dans les écoles publiques⁴⁴. En Guyane, par principe, « les membres du clergé sont rétribués sur le budget départemental, après agrément de l'autorité préfectorale⁴⁵. » Le préfet décide de leur agrément, de leur mutation et de leur radiation sur

39. Otis, *supra* note 10, p. 785-786 : « La territorialité veut que le contrôle d'un substrat spatial géométriquement délimité soit la condition nécessaire et suffisante du pouvoir et de la validité de l'ordre juridique. [...] La figure du territoire comme condition suffisante de l'ordre juridique se concrétise par le fait que la simple localisation sur, ou le rattachement au, territoire, d'un sujet de droit, la réalisation d'un acte, la survenance d'un fait ou d'une situation sont susceptibles de constituer un critère discriminant d'application d'une règle, matérielle comme procédurale » (Denis ALLAND et Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 2003, p. 1475, s.v. « territoire »). Autrement dit, le seul rattachement territorial suffit pour assujettir l'ensemble de la population à l'ordre juridique. C'est dire que la logique territoriale est une logique d'uniformité normative faisant que les devoirs, les libertés et les droits des personnes seront les mêmes pour tous.

40. Conseil État, *Un siècle de laïcité*, 2004, p. 269.

41. Mathilde Philip-Gay, « Valeurs de la République et islam à Mayotte », 2018.

42. Il y a en réalité davantage de droits locaux en matière religieuse que ceux qui sont cités ici, mais nous nous limitons à l'Alsace-Moselle, à la Guyane et à Mayotte comme illustration de chacun de ces types de régimes juridiques spécifiques. Pour une énumération plus précise de ces droits locaux, nous nous permettons de renvoyer à Mathilde Philip-Gay, *Droit de la laïcité*, 2016, p. 101-124.

43. Pour qui cette rémunération constitue une dépense obligatoire.

44. Éric Sander, « Brèves considérations sur l'histoire de l'enseignement religieux à l'école publique en Alsace-Moselle », 2017.

45. *Ordonnance du Roi concernant le gouvernement de la Guyane française*, 27 août 1828. Le Conseil d'État a confirmé en 1981 que cette ordonnance s'appliquait toujours en Guyane ; voir Conseil d'État, 9 octobre 1981, n° 11151, publié au recueil Lebon.

demande de l'évêque de Cayenne. Il en résulte une différence de statuts au sein même des membres du clergé catholique guyanais, entre ceux qui sont agréés par l'évêque et donc rémunérés par la collectivité et ceux qui ne le sont pas.

187. Quant au département de Mayotte, des changements sont en cours depuis que les électeurs de ce territoire ont choisi par référendum de devenir un département plutôt que de s'engager vers davantage d'autonomie. Le statut personnel, inspiré du droit religieux et de coutumes malgaches ou africaines s'appliquant aux habitants musulmans, a été conservé pour les personnes qui n'ont pas choisi d'y renoncer⁴⁶, même si la départementalisation a obligé l'islam à abandonner une grande partie de son statut dérogatoire. Ce droit coutumier n'est maintenu que pour les dispositions civiles qui ne contredisent pas l'ordre public ou les droits et libertés fondamentaux⁴⁷. Répudiation, polygamie et discrimination entre enfants dans le cadre d'un héritage sont désormais des pratiques illégales alors qu'elles ont paradoxalement pu être admises par la République laïque jusqu'aux années 2010⁴⁸. De même, les *cadis*, magistrats de droit musulmans, qui autrefois pouvaient juger en vertu de principes religieux, sont devenus des agents de la collectivité territoriale, et n'ont plus qu'une fonction de médiation, de conseil et de consultation⁴⁹. Ce changement de statut leur permet d'être rémunérés par la collectivité, même si c'est uniquement dans leurs fonctions juridiques.

188. Par conséquent, les différenciations religieuses établies par le droit français présentent la particularité d'être limitées à un territoire donné en s'y appliquant de manière générale et abstraite à un ou plusieurs cultes déterminés en fonction de leur importance et de considérations historiques. Par exemple, un prêtre de Metz (en Moselle) qui exerce dans un autre diocèse de métropole que celui de son département d'origine ne recevra pas son salaire puisqu'il n'est plus sur le territoire où s'applique le droit local alsaco-mosellan.

46. Ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître.

47. Sophie Blanchy et Yves Moatti, «Le statut civil de droit local à Mayotte: une imposture?», 2012.

48. François Hermet, *Mayotte. État des lieux, enjeux et perspectives. Regards croisés sur le dernier-né des départements français*, 2015; Philip-Gay *supra* note 41.

49. Ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010, *supra* note 46.

189. L'ensemble de ces droits locaux français comportent aussi des dispositions spécifiques sur d'autres sujets que la religion, par exemple sur la chasse, le travail le dimanche ou les associations. Dans ce cas, l'esprit de la loi est le même qu'au Canada. Il s'agit de reconnaître, en ce qui concerne l'Alsace qu'un autre droit s'appliquait lorsqu'elle est redevenue française, et pour les territoires d'outre-mer où des peuples s'y trouvaient déjà avant la colonisation :

qu'ils vivaient en collectivités sur ce territoire et participaient à des cultures distinctives, comme ils l'avaient fait pendant des siècles. C'est ce fait, par-dessus tout, qui distingue les peuples autochtones de tous les autres groupes minoritaires du pays et qui commande leur statut juridique – et maintenant constitutionnel – particulier⁵⁰.

190. Toutefois, même s'il s'agit de préserver des règles juridiques spécifiques, le droit français ne raisonne pas en termes de droits ancestraux, à la différence du Canada, mais plutôt en termes de droit objectif coutumier; à une seule exception près: toutes les populations françaises d'outre-mer ont droit au maintien d'un statut personnel qui leur permet – du moins tant qu'elles n'y ont pas renoncé⁵¹ – d'être soumises à des règles coutumières d'origine religieuse ou spirituelle⁵², notamment pour tout ce qui concerne le droit de la famille; et donc de refuser l'application du code civil en la matière. Reste que, au sein de la République laïque française, une telle approche suscite plusieurs questionnements.

191. Le premier problème posé par la différenciation territoriale « à la française » est celui du statut des cultes minoritaires, ou des formes de pensée non religieuses, dans les territoires concernés, d'autant plus parce qu'elle s'applique à un groupe, et pas nécessairement aux personnes individuellement.

192. Par exemple, en Alsace-Moselle, la loi de 1901⁵³ qui définit le droit des associations sur le reste du territoire métropolitain, n'est pas applicable aux religions qui ont leur siège dans les trois départements concernés, où les cultes non statutaires, comme l'islam et le bouddhisme, s'organisent

50. *R. v. Van der Peet*, *supra* note 18, par. [30].

51. Et à condition notamment que l'autre partie à un éventuel litige avec elle n'y ait pas non plus renoncé.

52. Constitution française du 4 octobre 1958, art 75.

53. *Loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*.

conformément au droit commun des associations⁵⁴. Par exemple, la religion musulmane n'est pas reconnue comme un culte statutaire en Alsace-Moselle⁵⁵ et ne pourra donc pas le devenir⁵⁶ puisque les dispositions de ce droit local ne peuvent voir leur champ d'application s'élargir⁵⁷. On retrouve d'ailleurs cette « différenciation à l'intérieur de la différenciation » entre les cultes majoritaires et les cultes minoritaires dans l'ensemble des droits locaux français.

193. Cependant, en dépit de cette différence majeure de statut avec les confessions historiques – cette différence empêchant notamment le salariat des imams ou des prêtres bouddhistes d'Alsace-Moselle – une certaine uniformisation est en cours. En pratique, les collectivités territoriales alsacomo-sellanes peuvent financer la construction de lieux de culte et des activités culturelles, quel que soit le statut de ces religions, les associations locales étant autorisées à recevoir des subventions publiques à ces fins. Ces collectivités locales ont donc pu participer au financement de manifestations culturelles et à l'édification de nouveaux lieux de culte, comme, par exemple la grande mosquée de Strasbourg, financée en partie par des fonds publics⁵⁸. De même, un cimetière communal musulman y a été créé en 2012.

194. Ensuite, le fait que les cours d'enseignement religieux obligatoires dans les écoles publiques ne soient prévus que pour les cultes reconnus suscite des propositions pour éviter l'inégalité entre les confessions. Dans son avis du 12 mai 2015 relatif au régime local des cultes en Alsace-Moselle, l'Observatoire de la laïcité près du premier ministre conseillait de placer cet enseignement en supplément du temps de l'enseignement scolaire commun, d'inverser le choix des élèves en leur assurant la possibilité de changer d'idée concernant ce cours, ou encore de supprimer l'obligation de recevoir un « complément d'enseignement moral » pour ceux qui ne suivent pas

54. Ces associations sont soumises au code civil local qui les oblige à s'inscrire au registre des associations auprès du greffe du tribunal d'instance (articles 21 à 79 du Code civil local).

55. Voir Francis Messner, « Régime des cultes. Organisation et institutions des cultes statutaires et non statutaires et congrégations », 1999.

56. Conseil constitutionnel français, décision n° 2012-297 QPC, 21 février 2013.

57. Conseil constitutionnel français, décision n° 2011-157 QPC, 5 août 2011.

58. D'après son site internet, le financement se répartit ainsi : Dons des fidèles : 23 % ; Ville : 10 % ; Conseil Régional : 8 % ; Conseil Général : 8 % ; Maroc : 38 % ; Arabie Saoudite : 8 % ; Koweït : 5 % (source : <<http://www.mosquee-strasbourg.com/decouvrir-la-gms/>>).

l'enseignement religieux⁵⁹. Depuis, des expérimentations locales sont en cours pour une meilleure intégration des convictions minoritaires dans les programmes, ces mesures étant un peu calquées sur le modèle québécois.

195. De même, à Mayotte, des pratiques religieuses très fortes subsistent dans l'espace public telles que l'appel à la prière ou la fermeture de services ou bâtiments publics le vendredi après-midi et pour les principales fêtes musulmanes. Ces pratiques posent la question de la reconnaissance des convictions ultra-minoritaires qui existent aussi sur ce territoire, notamment dans une partie de la jeunesse. La pratique de l'islam fondée sur une autre école que l'école majoritaire, la conversion à un autre culte, voire l'athéisme, l'agnosticisme, ou l'indifférence religieuse⁶⁰ ne sont pas pris en compte dans cette spécificité juridique. Au contraire, les règles de droit et les pratiques sociales encouragent ces opinions ou convictions minoritaires à demeurer discrètes et à s'effacer devant la pratique religieuse majoritaire.

196. Par conséquent, le paradoxe de la différenciation juridique territoriale pour préserver l'égalité formelle est qu'elle contribue à l'uniformité religieuse sur les territoires concernés, et à essentialiser les populations, ce qui peut être critiqué au regard du principe de pluralisme qu'elle entend précisément soutenir.

197. Le second problème posé par la différenciation territoriale « à la française » est qu'elle soumet une partie des citoyens à davantage de contrôle de la part des personnes publiques, sans qu'un individu puisse refuser l'application du droit local dès lors qu'il se trouve sur un territoire où ce droit s'applique. Or, le financement des lieux de cultes ou du salaire des ministres des cultes catholiques, juifs, musulmans ou protestants, et leur éventuelle nomination par une autorité civile soumettent ces religions à la puissance publique, ce qui est encore un facteur d'uniformisation. Dans son rapport public de 2004⁶¹, le Conseil d'État relevait même que le président de la République française était le dernier chef d'État au monde à nommer des évêques catholiques, une nomination qui implique nécessairement une approbation par le président de celui qui est choisi par le Vatican. De même, en Guyane, « aucun bref ou acte de la Cour de Rome, à l'exception de ceux

59. Observatoire de la laïcité, *Avis sur le régime local des cultes en Alsace et en Moselle*, 12 mai 2015, en ligne.

60. Éléonore Cadou, « Le statut de l'enfant dans l'Océan indien : l'enfant mahorais ». 2005, p. 342.

61. *Supra*, note 40.

de la pénitencerie, ne peut être reçu ni publié dans la colonie qu'avec l'autorisation [des autorités] »⁶². Par ailleurs, la mise en place de nouvelles écoles ou l'installation de nouvelles congrégations et communautés religieuses sont aussi soumises à autorisation du représentant de l'État.

198. Or, ce régime de droit local est de plus en plus contesté s'agissant de la rémunération des prêtres. En septembre 2014, le conseil général de Guyane a été soumis à une procédure de mandatement d'office pour l'obliger à remplir son obligation de verser leur salaire aux vingt-six prêtres catholiques agréés, ce à quoi il se refusait, acceptant seulement de rémunérer l'évêque. Le président de la collectivité mettait en avant des difficultés financières, une violation de la laïcité, la rupture d'égalité avec les autres territoires français et une forte opposition de la population au salariat du clergé. Cependant, le Conseil constitutionnel a refusé d'admettre que les dispositions contestées puissent être contraires au principe de laïcité ou d'égalité. Selon lui, il ressortait, tant des travaux préparatoires du projet de la Constitution du 27 octobre 1946 que de celle du 4 octobre 1958 qui a repris le même article 1^{er}, qu'en proclamant que la France est une « République [...] laïque », cet article n'avait :

[...] pas pour autant entendu remettre en cause les dispositions législatives ou réglementaires particulières applicables dans plusieurs parties du territoire de la République lors de l'entrée en vigueur de la Constitution et relatives à l'organisation de certains cultes et, notamment, à la rémunération de ministres du culte⁶³.

Une telle remise en cause ne pourrait donc être que législative.

199. Enfin, la troisième observation qui peut être faite à propos de cette différenciation territoriale « à la française » est que ces règles spécifiques ont, en définitive, vocation à être très progressivement diluées dans le droit commun, quand bien même leurs grands principes seraient maintenus. En effet, elles ne peuvent être modifiées que pour être aménagées, pas pour les renforcer, et à condition de ne pas élargir leur champ d'application⁶⁴. En outre, les lois nouvelles s'imposent, même si elles contredisent le droit local coutumier. Par exemple, ces populations qui ne vivent pas dans un régime

62. *Ordonnance du Roi concernant le gouvernement de la Guyane française*, *supra* note 45, art 36.

63. Conseil constitutionnel français, décision n° 2017-633 QPC, 2 juin 2017, par. [8].

64. Conseil constitutionnel français, *supra* note 57. Dans le même sens, voir Conseil constitutionnel français, décision n° 2012-274 QPC, 28 septembre 2012.

de séparation des Églises et de l'État étaient marquées par une sensibilité moindre au signe ou emblème religieux, du moins des cultes majoritaires et coutumes auxquelles elles étaient habituellement confrontées. Toutefois, les lois de 2004 prohibant le port de signes religieux ostensibles par les élèves à l'école publique⁶⁵, ou celle de 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public⁶⁶ s'appliquent sur ces territoires, et ce, même si un ou plusieurs cultes y bénéficient d'un statut particulier. Cela conduit inévitablement à un rapprochement avec le droit commun, même si cela permet aussi paradoxalement de rendre plus égalitaire le statut des cultes.

200. Par conséquent, même en matière religieuse, le droit français n'est « pas le bloc que l'on présente souvent⁶⁷. » Il préserve les droits locaux coutumiers, mais selon une conception qui est bien différente de celle qui anime le droit canadien, puisqu'il s'agit ici de s'inscrire dans le républicanisme, par une intégration de type « assimilatrice ». Ce droit français à la différenciation juridique est fondé sur des régimes de non-séparation entre l'État et les cultes, ce qui conduit à l'interroger, surtout lorsqu'elle privilégie un ou plusieurs cultes historiquement majoritaires, tout en exerçant une certaine forme de contrôle sur ces derniers, et parce qu'elle englobe tous les membres d'un culte dans son application, sans distinction.

201. En France, les traditions religieuses des peuples autochtones peuvent donc être prises en considération mais en fonction d'un critère essentiellement objectif, qui est le territoire. Seule la reconnaissance d'un statut personnel aux populations d'outre-mer peut être comparé au droit canadien, parce qu'il a une dimension subjective et qu'il repose sur la volonté de la personne à laquelle il est reconnu. Néanmoins, finalement, par rapport au droit français, le droit canadien reste davantage fondé sur la personnalité que sur la territorialité.

202. Cependant, une autre différenciation juridique existe également, celle-ci pour réparer les inégalités sociales.

65. *Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics.*

66. *Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.*

67. Pascale Deumier, *Introduction générale au droit*, 2013, p. 243.

1.2. LA DIFFÉRENCIATION JURIDIQUE RÉPARATRICE DE L'INÉGALITÉ SOCIALE : UNE APPRÉHENSION DIFFÉRENTE DE LA DISCRIMINATION AU CANADA ET EN FRANCE

203. Le droit canadien ainsi que le droit français appréhendent les inégalités effectivement vécues au sein de la société, notamment pour des motifs religieux, et s'efforcent de les corriger. En droit canadien, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, tout particulièrement avec son interprétation de l'article 15 de la *Charte canadienne*, a permis d'élaborer un régime juridique de lutte contre les discriminations désormais bien établi (1.2.1). Quant au droit français, qui ne distingue pas, par principe, les individus selon leurs caractéristiques personnelles, il a évolué vers une protection élargie des discriminations (1.2.2.), dans un esprit différent du multiculturalisme canadien.

1.2.1. Au Canada : un régime juridique bien établi de lutte contre les discriminations

204. La notion d'égalité est au cœur du multiculturalisme canadien⁶⁸. En droit canadien, elle repose sur l'idée bien particulière que la diversité raciale, culturelle, religieuse et linguistique fait partie intégrante de la société canadienne et de son identité, mais aussi qu'elle est nécessaire et bénéfique⁶⁹. Dès lors, l'objectif du multiculturalisme canadien est d'assurer l'égalité effective des citoyens canadiens, quelles que soient leur origine et leur représentation du monde, et de favoriser l'expression égalitaire de toutes les différences⁷⁰ au sein des institutions publiques⁷¹.

68. Trudeau, *supra* note 13, p. 381-382 : « Longtemps, j'ai cru que la plus importante valeur d'une société juste et sa principale caractéristique était la liberté et son exercice. Sans ceux-ci, la personne humaine ne pourrait aspirer à s'épanouir pleinement, l'individu en société ne saurait réaliser son plein potentiel. [Toutefois, dans la conjoncture postérieure à la Seconde Guerre mondiale], ce qui m'attira vers la politique, ce n'était plus le désir de lutter pour la liberté, celle-ci étant en quelque sorte devenue le combat d'hier. Dans mon esprit, la valeur à privilégier dans la poursuite de la société juste était plutôt l'égalité. Non pas l'égalité à la Procruste, bien-sûr, où tous seraient ramenés à une certaine moyenne. Mais l'égalité des chances. »

69. Jack Jedwad, « To Preserve and Enhance: Canadian Multiculturalism Before and After the Charter », 2003, par. [6] : « The use of the term "multiculturalism" has become very symbolic, and over time its meaning and impact have been subjected to varying interpretation. For some, multiculturalism is a demographic reality that refers to the composition of Canada's population and, in particular, to its cultural and racial diversity. As ideology, multiculturalism implies that racial, cultural, religious and linguistic diversity is an integral, beneficial and necessary part of Canadian society and identity. »

70. Comité permanent de la chambre des communes, *Multiculturalism: building the Canadian mosaic*, 1987.

71. Jedwad, *supra* note 69, par. [25] : « Another view of multiculturalism [is] a policy dedicated to the equality of Canadians of all origins. This included not only cultural but also social, economic and

205. Cette affirmation de l'égalité comme exigence primordiale du multiculturalisme explique l'importance accordée en droit canadien à l'article 15 de la *Charte canadienne* qui la consacre et qui vise, selon certains auteurs, à «éradiquer la discrimination⁷²». Comme a pu l'affirmer le juge McIntyre dans la décision *Andrews c. Law Society of British Columbia*⁷³, cet article 15 vise à «favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération. Il comporte un aspect réparateur important.»

206. Dans cette perspective, comme en France, l'affirmation de l'égalité formelle reste importante. En droit canadien, en renvoyant au concept de «*rule of law*», elle vise à s'assurer que tous les individus bénéficient d'un traitement identique et profitent de la reconnaissance des mêmes droits, sans distinction. Toutefois, l'originalité de l'article 15 de la *Charte canadienne* est de laisser également une large place à l'égalité réelle, impliquant de considérer en tout temps la situation égalitaire ou inégalitaire effectivement vécue par un individu ou un groupe d'individus par rapport aux autres membres de la société en raison de ses ou leurs caractéristiques.

207. Dans la décision *Andrews c. Law Society of British Columbia*, le juge McIntyre a ainsi pu considérer que l'égalité réelle repose sur l'idée que «[f]avoriser l'égalité emporte favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération⁷⁴.» Cette attention à l'égalité réelle a d'ailleurs conduit les juges de la Cour suprême du Canada à admettre que l'égalité formelle n'est pas absolue et que des traitements distincts, en fonction des contextes, peuvent être justifiés. Comme a pu l'affirmer le juge Dickson dans la décision *R. c. Big M. Drug Mart Ltd.*, «[l]'égalité nécessaire pour soutenir la liberté de religion n'exige pas que toutes les religions reçoivent un traitement identique. En fait, la véritable égalité peut fort bien exiger qu'elles soient traitées différemment⁷⁵».

political equality [...] [The] logical outgrowth of the policy [is] to effectively "multiculturalize" mainstream political institutions.»

72. Daniel Proulx, «Le droit à l'égalité», 2018.

73. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

74. *Ibid.*, p. 171.

75. *R. c. Big M. Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, par. [124], p. 347.

208. En droit canadien, cette double dimension de l'égalité, formelle et réelle, a deux conséquences importantes.

209. Premièrement, à partir du paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne*, elle permet de fonder un droit fondamental à l'égalité que tout individu, et plus particulièrement tout croyant, peut revendiquer lorsqu'il est maintenu ou placé dans une situation inégalitaire par rapport aux autres membres de la société. En lien avec l'énoncé du paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne*, la jurisprudence canadienne décompose ce droit en quatre « droits fondamentaux ».

210. À partir de la notion d'égalité formelle, elle reconnaît à tout individu le droit à l'égalité devant la loi et dans la loi, interdisant ainsi qu'il soit traité de manière différente au moment de l'application d'une loi mais aussi qu'une loi, dans son contenu, prévoit d'emblée un traitement différencié à son égard. Est aussi consacré le droit à la même protection et le droit au même bénéfice de la loi, qui indique « clairement que le droit constitutionnel à l'égalité est opposable tant aux lois qui pénalisent les justiciables ou leur imposent des obligations, qu'à celles qui leur octroient des avantages ou bénéfices sociaux⁷⁶. »

211. Deuxièmement, cette double compréhension de l'égalité permet aussi de retenir une appréhension élargie de la discrimination. En effet, en droit canadien, la notion d'égalité et celle de discrimination sont intimement liées. C'est ainsi que le droit à l'égalité consacré au paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne* y est reconnu comme impliquant un droit à la non-discrimination puisque, selon ce texte, ces quatre aspects sont reconnus à tous, « indépendamment de toute discrimination. »

212. Dans la décision *Andrews c. Law Society of British Columbia*⁷⁷, le juge McIntyre s'est efforcé de définir la notion de discrimination qu'il caractérise comme :

[...] une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de

76. Proulx, *supra* note 72, par. [9] à [12].

77. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *supra* note 73.

restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. [...]»⁷⁸.

Dans cette définition, l'appréhension élargie de la discrimination se manifeste de deux manières.

213. Tout d'abord, elle montre que la cause de la discrimination peut être double : elle peut résulter d'une intention discriminatoire ou non. Dès lors, en droit canadien, une telle définition permet de reconnaître deux types de discrimination : d'une part, une discrimination directe, celle qui, au travers d'une norme ou d'une décision, vise explicitement un traitement différencié ; d'autre part, une discrimination indirecte, celle qui, émanant d'une norme ou d'une décision neutre, aboutit objectivement à un traitement différencié. Il s'agit alors d'un « type de mesure qui, d'apparence inoffensive, catégorise en fait les individus sur la base d'un motif discriminatoire⁷⁹ », tel que, par exemple, la religion.

214. Ensuite, la définition du juge McIntyre aboutit également à une approche contextuelle des effets de la discrimination. Plus précisément, elle introduit la notion de préjudice discriminatoire c'est-à-dire d'un traitement différencié conduisant à un préjudice. En effet, dans la perspective de cette décision, pour caractériser une discrimination, il devient alors essentiel d'apprécier *in concreto* les effets inégalitaires subis à partir d'une double considération : soit la charge imposée à un individu ou un groupe d'individus en raison de leurs caractéristiques personnelles ; soit leur exclusion totale ou partielle d'avantages en raison de ces mêmes caractéristiques.

215. En résumé, en droit canadien, tout individu profite d'un droit à l'égalité qui a pour corollaire celui à la non-discrimination, lui permettant de s'opposer à ce qu'une charge ou une exclusion partielle ou totale d'avantages lui soit imposée en raison de ses caractéristiques personnelles. Lors de la revendication de son droit, il devra alors mettre en évidence trois éléments : une différence de traitement (1) ; un motif discriminatoire énuméré au paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne*, comme la religion, ou analogue, comme l'orientation sexuelle⁸⁰ (2) ; « un préjudice discriminatoire (sous

78. *Ibid.*, p. 174.

79. Daniel Proulx, « Égalité et discrimination dans la Charte des droits et libertés de la personne. Étude comparative », 1980.

80. Le droit canadien distingue les motifs énumérés dans l'article 15(1) de la *Charte canadienne* et des motifs analogues. Voir Proulx, *supra* note 72, par. [21], [24] et [25] (à jour au 1^{er} avril 2018) :

forme de fardeaux, de désavantages ou de négations de bénéfices sans lien avec les capacités et les besoins du groupe visé)⁸¹ » (3).

216. Dans la jurisprudence canadienne, pour caractériser ce préjudice discriminatoire, les demandeurs ont tout d'abord dû établir une atteinte à leur dignité humaine ou au groupe dont ils faisaient partie⁸². En raison du caractère incertain de la notion de dignité et de la lourdeur du fardeau de la preuve pour mettre en évidence son atteinte dans un contexte donné, la Cour suprême du Canada, dans la décision *R. c. Kapp*⁸³, a finalement abandonné cette compréhension du préjudice discriminatoire. Pour établir une discrimination, les demandeurs doivent désormais établir « l'imposition ou la perpétuation d'un désavantage arbitraire ou d'un préjugé, ou l'application de stéréotypes⁸⁴. »

« L'article 15 énumère neuf motifs de distinction qu'il qualifie à deux reprises de motifs de discrimination : la race, l'origine nationale, l'origine ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge, les déficiences mentales, les déficiences physiques. [...] Jusqu'ici, la Cour suprême a conclu que la citoyenneté, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial (être marié ou conjoint de fait) et le statut d'Indien hors réserve constituent des motifs de discrimination analogues. [...] [Dans la jurisprudence canadienne], on a recours principalement à trois critères pour conclure qu'un motif est analogue : 1) le fait qu'une caractéristique personnelle est essentielle à l'identité personnelle ; 2) le fait que ladite caractéristique est immuable (comme la race) ou "considérée immuable" [...] (comme la religion) ; ou 3) le fait d'appartenir à une minorité discrète et isolée ou à un groupe historiquement victime de discrimination. »

81. *Ibid.*, par. [16]

82. *Law c. Canada* (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1999] 1 R.C.S. 497, par. [62] à [75] : « Il existe une gamme de facteurs sur lesquels peut s'appuyer un demandeur pour démontrer que des dispositions législatives ont pour effet de saper sa dignité, au sens où ce terme est interprété aux fins de la garantie d'égalité de la *Charte*. Dans les présents motifs, j'analyse quatre facteurs en particulier, bien que, comme je le mentionne plus loin, il en existe évidemment d'autres, et que les quatre facteurs ne soient pas nécessairement tous pertinents dans chaque cas : a) le désavantage préexistant [...] ; b) Le rapport entre les motifs de discrimination et les caractéristiques ou la situation personnelle du demandeur [...] ; c) L'objet ou l'effet améliorateur [...] ; d) La nature du droit touché [...] »

83. *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483, par. [22] : « Toutefois, comme l'ont souligné des détracteurs, la dignité humaine est une notion abstraite et subjective qui non seulement peut être déroutante et difficile à appliquer même avec l'aide des quatre facteurs contextuels, mais encore s'est avérée un fardeau *additionnel* pour les parties qui revendiquent le droit à l'égalité, au lieu d'être l'éclaircissement philosophique qu'elle était censée constituer. »

84. *Ibid.*, par. [24] : « Considéré sous cet angle, l'arrêt *Law* ne prescrit pas l'application d'un nouveau critère distinctif pour déterminer l'existence de discrimination, mais il confirme plutôt l'approche relative à l'égalité réelle visée par l'art. 15, qui a été énoncée dans l'arrêt *Andrews* et explicitée dans de nombreux arrêts subséquents. Les facteurs énoncés dans l'arrêt *Law* doivent être interprétés non pas littéralement comme s'il s'agissait de dispositions législatives, mais comme un moyen de mettre l'accent sur le principal enjeu de l'art. 15, qui a été décrit dans l'arrêt *Andrews* – la lutte contre la discrimination, au sens de la perpétuation d'un désavantage et de l'application de stéréotypes. » Voir Proulx, *supra* note 72, par. [31].

217. En outre, il est important de noter que le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne*, selon les articles 30 et 32 de ce même document, est opposable «aux parlements et aux gouvernements qu'ils soient fédéraux, provinciaux ou territoriaux⁸⁵.» Il peut donc être invoqué contre une loi mais aussi contre une norme ou une décision d'un organisme gouvernemental, le concept de gouvernement étant compris de manière large dans la jurisprudence canadienne⁸⁶.

218. Le droit à l'égalité peut aussi être invoqué devant des organismes privés ou des individus. Toutefois, dans ce cas, le fondement textuel se retrouve la plupart du temps dans des chartes ou des déclarations de libertés et droits fondamentaux provinciaux. C'est le cas, par exemple, au Québec, où, par le biais de l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁸⁷, le droit à l'égalité est opposable «à toute personne physique ou morale œuvrant sur le territoire du Québec⁸⁸.» Sur le fondement de cet article, un justiciable, tout particulièrement lors d'un recours devant le Tribunal des droits de la personne⁸⁹, devra alors mettre en évidence :

[...] par preuve prépondérante, les trois éléments suivants : i) une distinction, exclusion ou préférence ; ii) fondée directement ou indirectement sur l'une des caractéristiques personnelles énumérées au premier alinéa de cet article et ; iii)

85. *Ibid.* par. [1].

86. *Ibid.*, par. [1] et [2] : «*La Charte canadienne* prévoit, à ses articles 30 et 32, qu'elle ne s'applique qu'aux parlements et gouvernements, qu'ils soient fédéraux, provinciaux ou territoriaux. Les tribunaux ont eu l'occasion de définir le concept de gouvernement et d'inclure dans le champ d'application de la Charte, et donc de l'article 15, les organismes qui font l'objet d'un important contrôle de la part du gouvernement ou de l'un de ses ministères, voire d'un contrôle routinier et constant, ainsi que les organismes qui, bien que jouissant d'une grande autonomie, sont de nature gouvernementale par leurs fonctions, comme les municipalités, les conseils de bande indienne ou les conseils scolaires [...]. La *Charte canadienne* peut s'appliquer également à des acteurs privés ou non gouvernementaux comme tels, mais uniquement s'ils mettent en œuvre une politique gouvernementale déterminée. C'est ainsi que certains actes particuliers des hôpitaux, des universités, des ordres professionnels ou des sociétés de transport public pourront être assujettis à l'article 15 de la Charte, alors que d'une façon générale les actions et décisions de ces organismes échappent au contrôle de constitutionnalité fondé sur la Charte canadienne. Autrement, l'article 15 de la Charte demeure inopposable aux individus et aux entreprises privées en tant que tels.»

87. *Charte des droits et libertés de la personne*, R.L.R.Q., c. C-12 (ci-après «*Charte québécoise*»).

88. Proulx, *supra* note 72, par. [86].

89. Le tribunal des droits de la personne du Québec «a compétence pour entendre et disposer de litiges en matière de discrimination, de harcèlement et d'exploitation interdits par la Charte des droits et libertés de la personne. Sa spécialisation quant aux enjeux sociétaux complexes sur lesquels il est appelé à se prononcer fait du Tribunal une instance essentielle à la garantie effective des droits et libertés au Québec» : voir <https://tribunaldesdroitsdelapersonne.ca/>.

qui a pour effet de compromettre ou de détruire le droit à l'égalité dans la reconnaissance ou l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne⁹⁰.

219. En droit canadien, comme au Québec, la protection du droit à l'égalité s'inscrit donc dans le cadre d'un régime juridique bien établi et élargi de lutte contre les discriminations de toute nature, qu'elles soient religieuses ou non. Plus particulièrement encore, ce régime juridique vise à s'assurer que les minorités, notamment religieuses, puissent exprimer leurs spécificités sans subir de contraintes ou d'exclusions de la part de la majorité. Cette visée se manifeste notamment au travers des notions de « discrimination indirecte » et de « préjudice discriminatoire ». À bien des égards, ces notions s'enracinent dans la prise de conscience que « [...] des normes d'application générales légitimes peuvent, dans certaines circonstances, s'avérer discriminatoires à l'endroit des personnes possédant des caractéristiques physiques, [religieuses] ou culturelles particulières [...] [puisque] généralement pensées en fonction de la majorité ou des situations d'application les plus courantes⁹¹. »

220. À bien des égards, cette reconnaissance de la discrimination indirecte et l'attention particulière au préjudice résultant de la discrimination⁹² se retrouvent désormais également en droit français.

1.2.2. En France : une protection élargie contre les discriminations

221. Les principales normes juridiques françaises proclamant le principe d'égalité interdisent de fonder des distinctions entre les personnes sur des critères raciaux ou religieux. Selon le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 qui a valeur constitutionnelle : « [...] tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés ». Plus loin, il affirme aussi que « nul ne peut être lésé dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou

90. Voir *Joulani-Varzeghani c. SDC Le Frontenac II*, 2021 QCTDP 16, par. [53]. Cette décision renvoie à d'autres décisions : *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, [2015] 2 R.C.S. 789, par. [35]; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, [2015] 2 R.C.S. 3, par. [63]; *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, [2007] 1 R.C.S. 161, par. [46]; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525, p. 538.

91. Jocelyn Maclure et Charles Taylor, *Laïcité et liberté de conscience*, 2010, p. 84.

92. En droit français, les dommages et intérêts devront réparer l'entier préjudice résultant de cette discrimination, pendant toute sa durée.

de ses croyances». Quant à la Constitution du 4 octobre 1958, elle garantit, dans son article 1^{er}, que «la France [...] assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion.»

222. Ces dispositions interdisent plus particulièrement les distinctions raciales, ou fondées sur la religion et la croyance, ce qui peut d'autant plus se comprendre qu'elles ont toutes été rédigées après la Seconde Guerre mondiale, alors que le régime de Vichy avait collaboré activement à la déportation des juifs après avoir édicté plusieurs lois discriminatoires anti-sémites. L'interdiction de toute distinction fondée sur la race a également été proclamée dans un contexte précédant la décolonisation, alors même que subsistait encore un droit discriminatoire s'appliquant, selon des critères raciaux et religieux, à ceux que l'on appelait alors «les indigènes des colonies». Il y a donc une sensibilité historique particulière en France qui conduit à refuser la différenciation entre les personnes fondée sur la religion, quand bien même il s'agirait de pallier une inégalité entre elles.

223. Par conséquent, les politiques «correctrice[s] des inégalités⁹³» s'inscrivent exclusivement dans une égalité formelle: elles ne sont regardées comme conformes à ce principe d'égalité que s'il s'agit de réduire une inégalité de fait, pour des «personnes rencontrant des difficultés particulières⁹⁴» et à condition que les mesures prises soient en «rapport direct avec la finalité d'intérêt général poursuivie par le législateur.⁹⁵» Ces différenciations ne seront donc admises que si elles sont justifiées par des raisons d'intérêt général ou par ce qu'elles règlent de façon différente pour une situation différente. Cette différence de situation doit être objective, comme, par exemple un handicap, la perte ou l'absence d'emploi ou une différence de revenus⁹⁶, mais pas la différence religieuse. En outre, la différence de traitement qui résulte de l'intérêt général ou d'une différence objective de situation doit être en rapport direct avec l'objet de la norme qui l'établit et ne doit pas être «manifestement disproportionnée au regard des motifs susceptibles de la justifier⁹⁷.»

93. L'expression est celle utilisée par Thierry-Serge Renoux et Michel de Villiers (dir.), *Code constitutionnel*, 2013, p. 65.

94. Conseil constitutionnel français, décision n° 2005-521 DC, 22 juillet 2005.

95. *Ibid.*

96. Par exemple, s'agissant des avantages fiscaux, voir Conseil constitutionnel français, décision n° 95-369 DC, 28 décembre 1995.

97. Conseil d'État, 11 avril 2012, n° 322326, publié au recueil Lebon.

224. Cette très grande réticence à distinguer les individus, tout particulièrement en fonction de leur religion, explique qu'il a fallu attendre les années 1970 pour que la lutte contre la discrimination soit explicitement consacrée, sous l'effet de deux textes. Après qu'une loi de 1972 ait introduit la notion en droit français⁹⁸, la ratification de la *Convention européenne des droits de l'Homme* en 1974 a entraîné la diversification des critères de la discrimination. Selon son article 14,

[...] la jouissance des droits et libertés reconnus [dans la présente convention] doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

225. Depuis, le droit français s'est enrichi de lois et de traités européens ou internationaux qui ont encore développé le droit à la non-discrimination; désormais, une vingtaine de critères sont reconnus, dont « [...] [l']appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée⁹⁹ ».

226. Deux types de comportements sont pénalisés: d'abord, celui qui consiste à opérer une distinction entre deux individus (pour leur refuser un emploi, un stage, l'accès à un lieu public, etc.) ou, ensuite, celui qui consiste à provoquer une telle distinction. Constitue une circonstance aggravante le fait de commettre certaines infractions à raison de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, de la victime à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée¹⁰⁰.

227. Depuis les années 2000, des lois ont régulièrement été adoptées pour soutenir la politique de lutte contre la discrimination. Cependant, il existe deux grandes différences entre la discrimination en droit français et en droit canadien: l'interdiction de la discrimination positive en France, contrairement au Canada qui la reconnaît au paragraphe 15(2) de la *Charte*

98. Sous forme de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence, et de discrimination raciale. Voir *Loi n° 72-546 du 1 juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme*.

99. Voir, dans l'introduction de cet article, Code pénal français, art L 225-1.

100. *Ibid.*, article 132-76. Cette circonstance aggravante est constituée lorsque l'infraction est précédée, accompagnée ou suivie de propos, écrits, images, objets ou actes de toute nature portant atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime ou d'un groupe de personnes dont fait partie la victime en raison de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.

canadienne et l'absence de tradition de lutte contre la discrimination indirecte même si des nuances et évolutions peuvent être relevées en ce qui concerne ces deux éléments.

228. Premièrement, en France contrairement au Canada, rétablir l'égalité par une action positive se heurte fréquemment à la crainte de développer le communautarisme, qui conduit l'individu à se définir par rapport au groupe dans lequel il s'inscrit et qu'il va privilégier en tant que mode d'appartenance. Rémy Libchaber décrit le communautarisme comme :

[...] l'affaiblissement de la prise en compte abstraite de l'individu au profit de la surévaluation de certains de ses traits physiques, ethniques, religieux ou sexuels, l'essentiel étant qu'ils soient considérés comme débouchant sur une vision du monde particulière, commune à ceux qui l'ont en partage¹⁰¹.

229. Cette description qui semblerait positive au Canada reste largement refusée par le droit français, même si un mouvement politique dénonçant l'universalisme républicain semble émerger depuis le milieu des années 2010, essentiellement sous influence américaine. Quoi qu'il en soit, en France, l'interdiction constitutionnelle de différencier les individus selon l'origine, la race ou la religion, comprend non seulement les statistiques ethniques mais aussi les politiques de rétablissement de l'égalité qui pourraient être fondées sur ces critères.

230. Le principe d'égalité fonde donc le refus de certaines différenciations confessionnelles, précisément parce qu'elles entendent opérer une distinction selon la religion des personnes concernées, mais ce principe n'empêche pas qu'une différenciation établie sur d'autres critères, ou pour des raisons d'intérêt général, puisse avoir un lien avec le fait religieux. Ainsi, le Conseil d'État français compte le principe d'égalité des sexes parmi «les valeurs essentielles de la communauté française»¹⁰², si bien que les demandes de non-mixité des usagers, qu'elles soient ou non fondées par des motivations religieuses, peuvent être refusées sur la base de ce principe d'égalité et sur celui de l'interdiction des discriminations. Cependant, la loi prévoit plusieurs cas dans lesquels le refus de mixité n'est pas une discrimination fondée sur

101. Rémy Libchaber, «Aspects du communautarisme : fait et droit religieux au regard du droit», 2003.

102. Il peut, par exemple, justifier l'opposition à la déclaration acquisitive de nationalité française de l'épouse d'un ressortissant français, revendiquant notamment le port du niqab ; voir Conseil d'État, 27 juin 2008, n°286798, mentionné dans les tables du recueil Lebon.

le genre¹⁰³ : la protection des victimes de violences à caractère sexuel, les considérations liées au respect de la vie privée et de la décence, la promotion de l'égalité des sexes ou des intérêts des hommes et des femmes et la liberté d'association ou l'organisation d'activités sportives. Par conséquent,

[...] des demandes de cours de sport réservés aux femmes sans qu'il n'y ait de références religieuses ou de discrimination dans le choix des femmes est possible. Mais il ne pourra pas être demandé que le professeur soit expressément une femme¹⁰⁴.

231. Cela signifie en pratique que tant que la demande de différenciation n'est pas directement motivée par une croyance religieuse, elle pourra être acceptée sous ces conditions limitatives. En d'autres termes, cette croyance peut parfois indirectement motiver une demande de non-mixité admise par le droit français. Nul n'ira évidemment vérifier si la religion ne participe pas indirectement à la décision d'une personne qui souhaite intégrer une équipe sportive unisexe, ou qui invoque sa vie privée pour se soustraire à une pratique qui heurte sa vision personnelle de la décence.

232. La notion de discrimination s'est récemment élargie sous l'influence du droit de l'Union européenne, lui-même inspiré du droit nord-américain. La directive européenne du 27 novembre 2000¹⁰⁵ a distingué la discrimination indirecte et la discrimination directe, une distinction qui n'était pourtant pas dans la tradition française. En matière religieuse, d'après cette directive, la discrimination indirecte est caractérisée lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes, en raison de leurs croyances ou de leurs convictions, par rapport à d'autres personnes ; à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires. Toujours en matière religieuse, la discrimination indirecte se différencie de la discrimination directe qui, elle, est caractérisée par le traitement moins favorable d'une personne, en raison de ses croyances ou convictions, qu'une autre personne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable.

103. Code pénal français, art. 225-3 al. 4.

104. Observatoire de la laïcité, *Rapport annuel de l'observatoire de la laïcité 2013-2014*, 2014, p. 29.

105. *Directive 78/2000/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail*, art 2.

233. La loi du 27 mai 2008¹⁰⁶ a repris cette distinction, même si son intégration reste assez difficile en droit français, « l'étude du contentieux de la non-discrimination montr[ant] que les discriminations indirectes sont généralement peu reconnues et *a fortiori* peu sanctionnées par les juges¹⁰⁷ ». La lutte contre cette forme de discrimination pourrait tout de même se développer depuis que la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) a répondu à la France et la Belgique – qui lui avaient toutes deux posé une question préjudicielle relative aux possibilités d'interdiction du port du voile islamique¹⁰⁸ en entreprise – que :

[l]’interdiction de porter un foulard islamique, qui découle d’une règle interne d’une entreprise privée interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail, ne constitue pas une discrimination directe fondée sur la religion ou sur les convictions au sens de cette directive. [En revanche], une telle règle interne d’une entreprise privée est susceptible de constituer une discrimination indirecte au sens de l’article 2, paragraphe 2, sous b), de la directive 2000/78 s’il est établi que l’obligation en apparence neutre qu’elle prévoit entraîne, en fait, un désavantage particulier pour les personnes adhérant à une religion ou à des convictions données, à moins qu’elle ne soit objectivement justifiée par un objectif légitime¹⁰⁹.

234. Depuis, la chambre sociale de la Cour de cassation française a logiquement repris cette réponse de la CJUE en l’adaptant au droit français dont la législation prévoit la possibilité d’introduire une clause de neutralité dans l’entreprise¹¹⁰ qui interdit le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail. Pour contrôler ce type de clause, elle vérifiera notamment que cette clause soit générale et indifférenciée, une condition qui permet de vérifier qu’il n’y a pas de discrimination indirecte. En cela, elle participe donc à l’élargissement en cours de la notion de discrimination en droit français¹¹¹.

106. *Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d’adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*, art 1^{er}.

107. Elsa Fondimare, « La difficile appréhension juridictionnelle des discriminations indirectes fondées sur le sexe », 2016.

108. Pour davantage de précisions sur l’objet de ces questions préjudicielles, voir plus loin, II B.

109. Cour de Justice de l’Union Européenne, *Samira Achbita c. G4S Secure Solutions*, n° C-157/15, 14 mars 2017.

110. Cette clause de neutralité peut être introduite dans le règlement intérieur de l’entreprise ou dans une note de service soumise aux mêmes dispositions légales.

111. Cour de cassation, Chambre sociale, 22 novembre 2017, n° 13-19.855, publié au bulletin.

235. Toutefois, cet élargissement reste limité, notamment en ce que, en droit français, l'interdiction globale des signes religieux ne constitue pas une discrimination directe. À cet égard, cette situation tranche avec le droit canadien où la notion d'égalité, comprise de manière large, est au fondement d'un régime juridique bien établi de lutte contre les discriminations de toute nature, tant directes qu'indirectes, qui accorde une importance particulière aux inégalités effectivement suscitées dans les situations concrètes par des normes ou des décisions apparemment neutres.

236. Néanmoins, malgré ces différences, il est encore possible d'observer, tant au Canada qu'en France, un possible aménagement de la règle commune pour rétablir l'égalité.

2. L'APPRÉHENSION DES DIFFÉRENCES AU CANADA ET EN FRANCE : LE CHOIX D'AMÉNAGER LA RÈGLE COMMUNE POUR RÉTABLIR L'ÉGALITÉ

237. Il est fréquent parmi les universitaires, journalistes et responsables politiques d'opposer le multiculturalisme canadien et la laïcité française en ce qui a trait à la question de l'aménagement de la norme majoritaire en fonction des besoins des minorités, notamment en matière religieuse. Cet aménagement serait constitutionnel et légal dans le cadre du multiculturalisme, mais parfaitement antinomique avec le principe de laïcité.

238. Sur bien des aspects, cette affirmation se révèle trop tranchée. Certes, il existe un refus important en France des aménagements raisonnables canadiens, surtout après que la « crise des accommodements » en ait exporté outre-Atlantique une vision extrêmement négative et souvent déformée. Toutefois, certains aménagements sont tout de même possibles en droit français. D'ailleurs, ceux-ci, dans certaines situations et à certaines conditions, peuvent avoir des effets tout à fait comparables à ceux résultant de la mise en œuvre d'un accommodement en droit canadien.

239. Il demeure néanmoins que si, en droit canadien, ces accommodements raisonnables visent à assurer l'expression égalitaire de toutes les identités, notamment religieuses (2.1.), en droit français, ces aménagements ne sont alors que ce que Gérard Bouchard appelle « des ajustements concertés¹¹² », visant plutôt à assurer l'exercice égalitaire de la liberté de pensée, de conscience et de religion (2.2.).

112. Certains auteurs distinguent les accommodements raisonnables et les ajustements concertés. Voir sur cette question, Gérard Bouchard, « Accommodements raisonnables et ajustements

2.1. AU CANADA : ASSURER L'EXPRESSION ÉGALITAIRE DE TOUTES LES IDENTITÉS, NOTAMMENT RELIGIEUSES

240. À partir du cadre juridique bien établi de lutte contre les discriminations, au Canada, a été consacrée la notion d'accommodement raisonnable. Cette dernière renvoie aux mesures dont une personne peut profiter lorsqu'elle subit un préjudice discriminatoire, notamment en raison de sa foi, du fait d'une norme, d'une décision ou d'une obligation contractuelle émanant d'une personne publique ou privée.

241. Dans la jurisprudence canadienne, la compréhension de la notion d'accommodement raisonnable a évolué. Si, dans un premier temps, au nom de l'égalité réelle, elle renvoyait à des mesures cherchant principalement à adapter la règle commune pour intégrer les personnes subissant une discrimination sur la base d'un motif déterminé (2.1.1.), dans un deuxième temps, depuis la fin des années 1990, cette perspective est interrogée. Lorsque des personnes subissent un préjudice discriminatoire pour un motif déterminé, notamment religieux, ne serait-il pas pertinent de reformuler la règle commune, si cela est possible? De cette façon, en considérant d'emblée dans la règle commune leurs spécificités dans l'expression de leur identité personnelle, ne pourraient-elles pas alors être traitées, au nom du principe de l'égalité formelle, de manière semblable aux autres (2.1.2.)?

2.1.1. L'accommodement raisonnable : au nom de l'égalité réelle, adapter la règle commune et intégrer

242. En droit canadien, un accommodement raisonnable peut être défini comme une mesure adaptée qui s'impose dans une situation de discrimination. Dans la jurisprudence canadienne, il est envisagé comme une obligation, corolaire du droit à l'égalité et à la non-discrimination, et vise à permettre à toute personne ou à tout groupe de personnes subissant une charge ou une exclusion totale ou partielle de bénéfices en raison de caractéristiques personnelles, comme la religion, d'obtenir la correction

concertés. La pratique et ses fondements dans l'interculturalisme québécois», 2016, p. 93 : les ajustements concertés sont « le fruit de négociations plus ou moins formelles au sein des institutions et organismes de la société civile. Dans cet esprit, on pourrait considérer que la demande d'ajustement devient une demande d'accommodement quand un demandeur et le gestionnaire d'un organisme (public ou privé) n'arrivent pas à s'entendre. Le demandeur peut alors se tourner vers le tribunal. »

de cette situation préjudiciable par la mise en place de remèdes adaptés à leur situation particulière¹¹³.

243. L'obligation d'accommodement raisonnable a été consacrée pour la première fois en droit canadien en 1985 dans la décision *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*¹¹⁴.

244. En l'espèce, une employée était devenue membre de l'Église adventiste du septième jour et, pour observer strictement le sabbat du coucher du soleil le vendredi au coucher du soleil le samedi, elle ne pouvait plus travailler cette dernière journée, contrairement à ce qui avait été initialement prévu dans son contrat de travail. Par la suite, son employeur lui avait fait perdre son statut d'employée permanente et lui avait proposé un nouveau contrat de travail à temps partiel. L'employée avait alors intenté une action pour faire reconnaître qu'elle vivait une situation de discrimination dans le cadre de son emploi et que cette situation reposait sur des caractéristiques personnelles, à savoir ses croyances religieuses.

245. Dans cette décision, la Cour suprême du Canada a considéré que l'employée était effectivement victime d'une discrimination, mais indirecte. En effet, la condition d'emploi de l'employeur, à savoir travailler le samedi, n'avait pas été émise spécifiquement pour contraindre l'employée adventiste de travailler cette journée. Elle avait été formulée pour des raisons d'affaires légitimes. Ce constat a alors permis au juge McIntyre de distinguer entre la discrimination directe et la discrimination indirecte ou par suite d'un effet préjudiciable. Selon lui,

[...] [il] y a discrimination directe lorsqu'un employeur adopte une pratique ou une règle qui, à première vue, établit une distinction pour un motif prohibé. Par exemple, « Ici, on n'embauche aucun catholique, aucune femme ni aucun Noir » [...]. D'autre part, il y a le concept de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Ce genre de discrimination se produit lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou

113. Voir aussi la définition de Pierre Bosset, « Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement », 2007, p 10: « [...] une *obligation juridique*, applicable dans une situation de *discrimination*, et consistant à aménager une norme ou une pratique de portée universelle, dans les limites du *raisonnable*, en accordant un traitement différentiel à une personne qui, autrement, serait pénalisée par l'application d'une telle norme ».

114. *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536.

un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés [...]. Une condition d'emploi adoptée honnêtement pour de bonnes raisons économiques ou d'affaires, également applicable à tous ceux qu'elle vise, peut quand même être discriminatoire si elle touche une personne ou un groupe de personnes d'une manière différente par rapport à d'autres personnes auxquelles elle peut s'appliquer¹¹⁵.

246. À partir de cette distinction, dans sa jurisprudence ultérieure, la Cour suprême du Canada a établi que ces deux types de discrimination devaient profiter de deux régimes juridiques distincts.

247. Lorsque la discrimination est directe, par principe, la norme, la décision ou l'obligation contractuelle mises en cause doivent être annulées, sauf s'il est possible d'établir qu'elles sont justifiées. Elles peuvent l'être alors à une double condition : d'un point de vue subjectif, si elles ont été prises de bonne foi, sans intention de porter atteinte aux droits fondamentaux des personnes ou des groupes de personnes discriminées ; d'un point de vue objectif, si elles sont raisonnablement nécessaires, notamment pour l'exécution sécuritaire et efficace du travail mais aussi si elles n'imposent aucune obligation déraisonnable¹¹⁶.

248. Tel a été le cas, par exemple, pour la décision prise par une école confessionnelle catholique qui avait congédié une enseignante ayant épousé civilement un homme divorcé contrairement aux lois de l'Église. Dans la décision *Caldwell c. Stuart*¹¹⁷, le juge McIntyre a alors considéré que l'employée avait effectivement été discriminée directement en raison de son état matrimonial, mais que la décision de la congédier reposait sur une exigence professionnelle justifiée en raison des spécificités religieuses de son employeur dont elle avait eu pleinement connaissance¹¹⁸. Dans la décision

115. *Ibid.*, par. [18].

116. *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, p. 208.

117. *Caldwell et autres c. Stuart et autres*, [1984] 2 R.C.S. 603.

118. *Ibid.*, p. 622-625 : « Le critère utilisé dans l'arrêt *Etobicoke* a deux volets. Le premier est subjectif : l'exigence contestée est-elle imposée honnêtement, de bonne foi et avec la conviction sincère qu'elle est imposée en vue d'assurer la bonne exécution du travail en question et non pour des motifs inavoués ou étrangers qui visent des objectifs susceptibles d'aller à l'encontre [du respect des droits fondamentaux] ? Il est tout à fait manifeste que cette condition est remplie, car on n'a jamais soutenu [...] que les motifs des autorités scolaires n'étaient pas honnêtes ou de bonne foi ou que l'exigence d'observance religieuse n'a pas été imposée uniquement pour promouvoir

*Bhinder c. CN*¹¹⁹ rendue le 17 décembre 1985, la Cour suprême du Canada a aussi reconnu que la Compagnie des chemins de fer du Canada (CN) pouvait imposer à ses employés des conditions professionnelles justifiées pour des raisons de sécurité, même si, en l'espèce, de telles exigences avaient pour effet d'imposer le port du casque de sécurité et ainsi empêcher un employé de porter un turban, conformément aux préceptes de sa communauté culturelle et religieuse sikhe.

249. À l'inverse, lorsque la discrimination est indirecte, la norme, la décision ou l'obligation contractuelle ayant un effet discriminatoire n'ont pas à être annulées mais « [leur] effet sur le plaignant [doivent] être étudié[es] et [...] un accommodement quelconque s'impose¹²⁰. »

250. Dans la décision *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*¹²¹, c'est sur ce fondement juridique que les juges de la Cour suprême du Canada ont considéré que, en raison de la discrimination indirecte qu'elle subissait, l'employée adventiste aurait été en droit de profiter de mesures d'accommodement. Dans les circonstances, son employeur avait l'obligation de définir avec elle des mesures adaptées pour corriger la situation discriminatoire qu'elle vivait.

251. En 1994, trois enseignants de religion juive ont aussi pu profiter d'un accommodement raisonnable parce que, à la suite d'une décision de la Commission scolaire qui les employait, ils ne pouvaient plus profiter de congés rémunérés pour célébrer la fête de Yom Kippour en raison d'une nouvelle interprétation de leur convention collective.

252. Dans la décision *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*¹²², la Cour suprême du Canada a ainsi établi que, même si le calendrier scolaire pouvait être considéré « comme étant de nature civile et

les objectifs de l'école. [...]. Toutefois, quant au second volet du critère, [...] [à] mon avis, considérant les choses objectivement et compte tenu de la nature et des objectifs spéciaux de l'école, l'exigence d'observance religieuse, y compris l'acceptation et l'observation des règles de l'Église relatives au mariage, est raisonnablement nécessaire pour assurer la réalisation des objectifs de l'école. J'estime que l'on satisfait ainsi au critère énoncé dans l'arrêt *Etobicoke*, que l'exigence d'observance religieuse constitue une exigence professionnelle réelle pour une enseignante catholique employée dans une école catholique [...]. »

119. *Bhinder c. CN*, [1985] 2 R.C.S. 561.

120. *Supra* note 114, par. [20].

121. *Ibid.*

122. *Supra*, note 90.

donc neutre ou non discriminatoire à première vue¹²³», sa mise en œuvre avait tout de même un effet discriminatoire sur les trois enseignants : en raison des caractéristiques particulières de leur religion, il leur faisait perdre « 1/200^e du salaire annuel [ce qui] ne saurait être considéré comme négligeable¹²⁴ ». Dès lors, selon les juges de la Cour suprême, les trois enseignants auraient dû également pouvoir profiter de mesures d'accommodements. Dans cette décision, le juge Cory a alors pu rappeler que

[...] [l]'équité en milieu de travail est souhaitée par tous. C'est un objectif magnifique qu'il vaut la peine de s'efforcer d'atteindre [...]. [U]ne mesure d'accommodement raisonnable fait partie intégrante du droit à l'égalité¹²⁵.

253. Toutefois, si, en droit canadien, tout croyant peut profiter d'un accommodement s'il est victime d'une discrimination indirecte, dans les deux décisions précédentes, et à plusieurs autres reprises, la Cour suprême du Canada a pu affirmer que tout accommodement se doit d'être raisonnable, c'est-à-dire que :

[...] lorsqu'il est démontré qu'une condition de travail a causé de la discrimination, il incombe à l'employeur de tenter raisonnablement de faire en sorte que les besoins religieux de l'employée soient respectés à moins que cela ne lui cause une contrainte excessive dans la gestion de ses affaires¹²⁶.

254. Dans ce cas, si l'employé a réussi à prouver l'existence d'une discrimination par suite d'un effet préjudiciable d'une norme liée à l'emploi, c'est ensuite à l'employeur d'apporter une double preuve : d'une part, qu'il existe un lien rationnel entre l'emploi et la norme préjudiciable ; d'autre part, qu'il a fait tous les efforts nécessaires pour accommoder son employé et que, s'il n'a pu le faire, c'est parce que les mesures adaptées qui étaient nécessaires pour corriger la situation discriminatoire vécue par l'employé constituaient, au regard du fonctionnement de l'entreprise, une contrainte excessive. Selon le juge McIntyre, dans la décision *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears* :

[...] dans ce type d'affaire, le fardeau de la preuve doit [...] incomber à l'employeur puisque c'est lui qui dispose de l'information nécessaire pour démontrer

123. *Ibid.*, p. 540.

124. *Ibid.*, p. 542.

125. *Ibid.*, p. 544.

126. *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, *supra* note 114, par. [20].

l'existence d'une contrainte excessive et que l'employé est rarement, sinon jamais, en mesure d'en démontrer l'absence¹²⁷.

255. Dans la décision *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Commission des droits de la personne)*¹²⁸, la juge Bertha Wilson a tenté d'énumérer plusieurs facteurs permettant d'apprécier la contrainte excessive. Elle a ainsi retenu le coût financier, l'atteinte à la convention collective, le moral du personnel, l'interchangeabilité des effectifs et des installations, l'importance de l'exploitation et les enjeux de sécurité¹²⁹. Selon la juge, ces facteurs ne sont pas exhaustifs mais ils permettent tout de même de définir un cadre interprétatif pour apprécier, dans chaque contexte, la nature raisonnable ou déraisonnable d'un accommodement proposé à un plaignant, victime de discrimination.

256. Enfin, il est important de noter que, dans la jurisprudence canadienne, lors de la recherche d'un compromis raisonnable, la conduite de l'employé est déterminante et qu'elle doit être appréciée. En effet, en droit canadien,

[...] [p]our faciliter la recherche d'un compromis, le plaignant doit lui aussi faire sa part. À la recherche d'un compromis raisonnable s'ajoute l'obligation de faciliter la recherche d'un tel compromis [...]. [Dès lors, l]orsque l'employeur fait une proposition qui est raisonnable et qui, si elle était mise en œuvre, remplirait l'obligation d'accommodement, le plaignant est tenu d'en faciliter la mise en œuvre. Si l'omission du plaignant de prendre des mesures raisonnables est à l'origine de l'échec de la proposition, la plainte [est] rejetée¹³⁰.

257. En résumé, jusqu'à la fin des années 1990, la Cour suprême du Canada s'est efforcée de définir le contenu et les contours de l'accommodement raisonnable. Dans le monde du travail, mais aussi dans tout autre domaine¹³¹, au nom du droit à l'égalité consacré dans la *Charte canadienne* ainsi que dans les chartes et déclarations de droits fondamentaux provinciales, elle s'est efforcée de favoriser la recherche de remèdes, dans la mesure du raisonnable, pour corriger les situations discriminatoires vécues par des

127. *Ibid.*, par. [28]

128. *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Commission des droits de la personne)*, [1990] 2 R.C.S. 489.

129. *Ibid.*, p. 521.

130. *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970, p. 994.

131. Sur cette question, voir: José Woehrling, «L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse», 1998; Manon Montpetit et Stéphane Bernatchez, «Le principe d'accommodement raisonnable en matière religieuse», 2019.

personnes ou des groupes de personnes en raison de leurs caractéristiques personnelles. Dans cette recherche de compromis, elle a imposé que toutes les parties s'impliquent pour que, dans chaque contexte, l'égalité réelle entre les personnes puisse advenir, notamment lorsque des personnes subissent un préjudice discriminatoire en raison de leur religion.

258. Or, depuis la fin des années 1990, cette compréhension de l'accommodement raisonnable est interrogée.

2.1.2. Au-delà de l'accommodement raisonnable : au nom de l'égalité formelle, reformuler la règle commune et inclure ?

259. La démarche de l'accommodement raisonnable s'inscrit incontestablement dans la visée du droit canadien d'assurer une égalité réelle entre tous les individus, quelles que soient leurs caractéristiques personnelles. Toutefois, certains juges de la Cour suprême du Canada ont remis en question sa portée, notamment parce que, selon eux, il serait un outil juridique qui ne remédie que de manière trop ponctuelle à des situations discriminatoires. En effet, selon leur perspective, dans quelle mesure le droit à l'égalité et le droit à la non-discrimination ne peuvent-ils pas être plutôt un levier juridique permettant, de manière plus générale, une remise en question du contenu des règles communes qui empêchent, par leur formulation, l'existence d'espaces inclusifs au sein de la société où tous et toutes peuvent être traités de manière semblable ?

260. Dans la jurisprudence canadienne, c'est la décision *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*¹³², dit « arrêt Meiorin », du nom de la plaignante, qui ouvre la voie à cette mise en question de l'accommodement raisonnable.

261. Dans cette décision, une pompière forestière avait perdu son emploi après l'adoption de nouveaux tests d'évaluation de la condition physique des pompiers forestiers. Elle s'était alors opposée à la décision de son employeur au motif qu'il s'agissait d'une discrimination fondée sur le sexe : la norme aérobique prévue dans les tests avait pour effet, selon elle, d'exclure les femmes des emplois de pompiers forestiers.

132. *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3.

262. Le Cour suprême du Canada, à l'unanimité, a accueilli la demande de la plaignante et a considéré que :

[...] la norme aérobique est discriminatoire à première vue et [il n'a pas été] démontré qu'elle est raisonnablement nécessaire à la réalisation de son objectif général qui est de déceler les pompiers forestiers qui sont en mesure de travailler de manière sûre et efficace¹³³.

263. Sur bien des aspects, cette décision est importante. En effet, la juge McLachlin y propose un nouveau régime juridique en matière de discrimination et d'accommodement raisonnable, désormais unifié, ne reposant plus sur la distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte ou par effet préjudiciable. En effet, selon la juge, lorsqu'il est établi qu'une norme est discriminatoire, de manière directe ou indirecte, la norme doit pouvoir être annulée, sauf s'il est possible de la justifier. Dans le cadre d'un emploi, cette norme ne peut alors être considérée comme une exigence professionnelle justifiée que si l'employeur réussit à établir une triple preuve :

- (1) qu'il a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en cause ;
- (2) qu'il a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail ;
- (3) que la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail. Pour prouver que la norme est raisonnablement nécessaire, il faut démontrer qu'il est impossible de composer avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que l'employeur subisse une contrainte excessive¹³⁴.

264. Pour les juges de la Cour suprême du Canada, cette nouvelle méthode d'analyse vise à soutenir le développement d'une société plus inclusive. Elle se veut :

[...] fondée sur la nécessité d'établir des normes qui composent avec l'apport potentiel de tous les employés dans la mesure où cela peut être fait sans que l'employeur subisse une contrainte excessive. Il est évident que des normes peuvent léser les membres d'un groupe particulier. [...] Il s'ensuit que la règle ou la norme jugée raisonnablement nécessaire doit composer avec les différences individuelles dans la mesure où cela ne cause aucune contrainte excessive¹³⁵.

133. *Ibid.*, par. [83].

134. *Ibid.*, par. [54].

135. *Ibid.*, par. [55].

265. Pour justifier sa décision, la juge McLachlin développe d'ailleurs de manière très approfondie les différents arguments qui justifient la consécration de cette nouvelle méthode¹³⁶. Parmi ceux-ci, elle insiste, entre autres, sur la facticité de la distinction entre la discrimination directe et la discrimination par effet préjudiciable. Pour elle, la seconde est désormais plus répandue que la première au sein de la société et, même si elle ne repose sur aucune intention, cette discrimination, en maintenant des normes problématiques, contribue tout de même à perpétuer des cadres juridiques causant des préjudices discriminatoires.

266. En outre, selon cette juge, la distinction entre la discrimination directe et la discrimination par effet préjudiciable légitime la discrimination systémique, c'est-à-dire, dans un contexte d'emploi, « [...] la discrimination qui résulte simplement de l'application des méthodes établies de recrutement, d'embauche et de promotion, dont ni l'une ni l'autre n'a été nécessairement conçue pour promouvoir la discrimination¹³⁷ ».

267. En fait, pour la juge McLachlin, la démarche de l'accommodement limitée au contexte de la discrimination indirecte ne permet pas véritablement la remise en cause de la légitimité des normes aux effets discriminatoires. Elle conduit plutôt à la détermination de « la façon dont des personnes “différentes” peuvent cadrer dans le “courant dominant” que représente la norme¹³⁸. » À bien des égards, selon cette juge, reprenant les propos des auteures Shelagh Day et Gwen Brodsky, le droit à un accommodement raisonnable :

[...] ne met en question ni l'inégalité du rapport de force ni les discours de domination, comme le racisme, la prétention de la supériorité des personnes non handicapées, le sexisme, qui font qu'une société est bien conçue pour certains mais pas pour d'autres. Il permet à ceux qui se considèrent « normaux » de continuer à établir des institutions et des rapports à leur image, pourvu qu'ils « composent » avec ceux qui en contestent l'établissement.

[...] [En fait, l'] accommodement ne touche pas le cœur de la question de l'égalité, le but de la transformation ni l'examen de la façon dont les institutions et les rapports doivent être modifiés pour les rendre disponibles, accessibles, significatifs et gratifiants pour la multitude de groupes qui composent notre

136. *Ibid.*, par. [25] à [49] : la juge McLachlin développe sept arguments de manière détaillée.

137. *CN c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, p. 1139.

138. *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEUM*, *supra* note 132, par. [40].

société. L'accommodement semble signifier que nous ne modifions ni les procédures ni les services; nous nous contentons de « composer » avec ceux qui ne cadrent pas tout à fait. Nous faisons certaines concessions à ceux qui sont « différents », plutôt que d'abandonner l'idée de la « normalité » et d'œuvrer à la véritable inclusion¹³⁹.

268. Par la reprise de ces propos très critiques, la juge McLachlin manifeste une volonté ferme d'aller au-delà de l'accommodement raisonnable pour dépasser la situation singulière des personnes subissant un préjudice discriminatoire, et, plus fondamentalement, interroger la norme générale elle-même, à la source de la discrimination qui, si elle est raisonnablement nécessaire, doit tout de même composer avec le pluralisme de la société, sauf en présence d'une contrainte excessive. D'une certaine façon, par ces propos, cette juge entend favoriser, au sein de la société, l'édiction de normes qui, au moment de leur mise en œuvre, ne susciteraient pas des situations discriminatoires puisque, d'emblée, elles seraient inspirées par une compréhension véritablement inclusive de la société. Ces normes pourraient alors être appliquées de la même manière à tous et toutes, sur la base de l'égalité formelle, sans qu'il soit nécessaire de faire des distinctions entre les personnes en raison de leurs caractéristiques particulières.

269. Cette perspective nouvelle de l'arrêt « Meiorin » est aussi à mettre en lien avec la décision *CN c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*¹⁴⁰, où le juge Dickson s'était déjà efforcé de définir la notion de discrimination systémique en se référant à un rapport de la Commission en matière d'emploi du Canada de 1984, dit Rapport Abella¹⁴¹ :

Quoique le juge Abella ait choisi de ne pas donner une définition précise de la discrimination systémique, on peut en glaner l'essentiel dans les commentaires suivants, que l'on trouve à la p. 2 de son rapport :

« [...] la discrimination s'entend des pratiques ou des attitudes qui, de par leur conception ou par voie de conséquence, gênent l'accès des particuliers ou des groupes à des possibilités d'emplois, en raison de caractéristiques qui leur sont prêtées à tort... »

139. Shelah Day et Gwen Brodsky, « The Duty to Accommodate: Who Will Benefit? », 1996, p. 462, passage cité par la juge McLachlin dans *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEUM*, *supra* note 132, par. [41].

140. *CN c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, *supra* note 137.

141. Rosalie S. Abella, *Égalité en matière d'emploi: rapport d'une commission royale*, 1984.

La question n'est pas de savoir si la discrimination est intentionnelle ou si elle est simplement involontaire, c'est-à-dire découlant du système lui-même. Si des pratiques occasionnent des répercussions néfastes pour certains groupes, c'est une indication qu'elles sont peut-être discriminatoires. Voilà pourquoi il est important d'analyser les conséquences des pratiques et des systèmes d'emploi¹⁴². »

En d'autres termes, la discrimination systémique en matière d'emploi, c'est la discrimination qui résulte simplement de l'application des méthodes établies de recrutement, d'embauche et de promotion, dont ni l'une ni l'autre n'a été nécessairement conçue pour promouvoir la discrimination. La discrimination est alors renforcée par l'exclusion même du groupe désavantagé, du fait que l'exclusion favorise la conviction, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du groupe, qu'elle résulte de forces « naturelles », par exemple que les femmes « ne peuvent tout simplement pas faire le travail » (voir le rapport Abella, aux p. 9 et 10)¹⁴³.

270. L'ensemble de cette jurisprudence de la Cour suprême du Canada manifeste bien la complexité de la quête d'égalité au sein de la société canadienne. Si l'égalité réelle a pris une grande importance en droit canadien pour considérer les inégalités effectivement vécues au sein de la société, sa réalisation, notamment au travers de l'accommodement raisonnable, a pu être interrogée dans la mesure où, paradoxalement, elle pouvait conduire à une mise à l'écart, voire à une stigmatisation, des personnes profitant d'une mesure individualisée et adaptée. D'une certaine façon, il est possible de considérer que cette jurisprudence repose sur le constat de la pertinence de la visée inclusive de l'égalité formelle, à savoir la reconnaissance d'emblée dans le contenu et l'application de la loi de la participation de tous et toutes à la société, sur un pied d'égalité, sans aucune distinction, directe ou indirecte.

271. L'émergence de la notion de « discrimination systémique » ou encore de « discrimination institutionnelle » entretient d'ailleurs un lien étroit avec cette prise de conscience. Elle part du constat que, au Canada, des processus d'exclusion, parfois inconscients, sont à l'œuvre dans les relations sociales et qu'ils s'inscrivent dans les institutions, en plus d'être enracinés dans les pratiques et normes culturelles dominantes. Dès lors, comment éviter ces processus d'exclusion et prévoir des normes et des pratiques d'emblée inclusives ?

142. CN c. Canada (*Commission canadienne des droits de la personne*), *supra* note 137, p. 1138.

143. *Ibid.*, p. 1138-1139.

272. Face à cette situation complexe et paradoxale, certains auteurs, comme, par exemple, Colleen Sheppard, ont pu proposer de dépasser la tension entre égalité formelle et égalité réelle pour l'intégrer dans une nouvelle notion directrice plus large, «l'égalité inclusive¹⁴⁴», devant viser à transformer la société en profondeur plutôt qu'à corriger ponctuellement des inégalités effectives. Dans cette conception de l'égalité revisitée, Colleen Sheppard invite à distinguer trois niveaux d'analyse avant de formuler des remèdes politiques ou juridiques: un premier niveau reposant sur la compréhension des expériences d'inégalités réellement vécues; un second s'intéressant aux processus institutionnels et aux relations sociales qui conduisent à ces vécus inégalitaires; enfin, un dernier s'efforçant de saisir les cadres structurels et idéologiques qui les soutiennent¹⁴⁵.

272. À bien des égards, la démarche proposée par Colleen Sheppard prend tout son sens en ce qui concerne l'intégration au Canada des minorités, notamment religieuses et culturelles. Elle est de nature à permettre une meilleure compréhension des processus d'exclusion complexes à l'œuvre à l'égard des musulmans¹⁴⁶ et des autochtones¹⁴⁷ ou d'autres minorités nationales ou ethnoculturelles.

144. Colleen Sheppard, *Inclusive Equality. The Relational Dimensions of Systemic Discrimination in Canada*, 2010.

145. Sur cette question, voir Hester Lessard, «Book Review: Inclusive Equality. The Relational Dimensions of Systemic Discrimination in Canada», 2011.

146. D'ailleurs, après l'attentat de la Mosquée de Québec en janvier 2017, des députés de la Chambre des communes du Canada ont enjoint le gouvernement à agir dans cette perspective au travers d'une motion sur le racisme systémique et la discrimination religieuse, *M-103 Racisme systémique et discrimination religieuse*, déposée par Iqra Khalid, adoptée le 23 mars 2017, en ligne: «Que, de l'avis de la Chambre, le gouvernement devrait: a) reconnaître qu'il faille endiguer le climat de haine et de peur qui s'installe dans la population; b) condamner l'islamophobie et toutes les formes de racisme et de discrimination religieuse systémiques et prendre acte de la pétition e-411 à la Chambre des communes, ainsi que des problèmes qu'elle a soulevés; c) demander que le Comité permanent du patrimoine canadien entreprenne une étude sur la façon dont le gouvernement pourrait (i) établir une approche pangouvernementale pour la réduction ou l'élimination du racisme et de la discrimination religieuse systémiques, dont l'islamophobie, au Canada, tout en assurant l'adoption de politiques fondées sur les faits, qui soient d'application globale et axées sur la communauté, (ii) recueillir des données pour contextualiser les rapports sur les crimes haineux et pour évaluer les besoins des communautés touchées; le Comité devrait présenter ses conclusions et ses recommandations à la Chambre dans les 240 jours civils suivant l'adoption de la présente motion, pourvu que, dans son rapport, le Comité devrait formuler des recommandations que pourra appliquer le gouvernement afin de mettre davantage en valeur les droits et libertés garantis dans les lois constitutionnelles, y compris la Charte canadienne des droits et libertés.»

147. À la suite des propos racistes tenus par un membre du personnel soignant à l'égard de Madame Joyce Echaquan au moment de son décès à l'hôpital de Joliette, le député libéral Gregory Kelley

273. Pour finir, il est intéressant de noter que, comme a pu le rappeler la Cour supérieure, « [l]e Québec, [lui aussi] a reconnu depuis longtemps qu'il existe des phénomènes de discrimination systémique¹⁴⁸. » Par exemple, dans la décision *Gaz métropolitain inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, le Tribunal des droits de la personne¹⁴⁹ ainsi que la Cour d'appel du Québec¹⁵⁰ ont mobilisé cette notion juridique pour reconnaître que le processus d'embauche de Gaz Métropolitain était porteur d'une discrimination systémique ayant pour effet d'exclure de manière disproportionnée les femmes de l'emploi manuel de préposé.e/stagiaire réseau. Les juges de la Cour d'appel ont alors repris la définition de discrimination systémique, proposée par la Cour suprême du Canada dans la décision *CN c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, faisant référence au rapport dit Abella, comme nous l'avons vu précédemment¹⁵¹.

274. Le droit canadien mais aussi le droit québécois¹⁵² est donc en quête d'un équilibre difficile entre égalité formelle et égalité réelle pour permettre l'inclusion et la participation de tous et toutes au sein de la société, quelles que soient les spécificités de leur expérience identitaire. Or, cette quête d'équilibre peut aussi s'observer en droit français. En effet, même si ce dernier repose davantage sur la volonté d'assurer une égalité objective de la liberté de pensée, de conscience et de religion, il admet aussi une certaine subjectivisation de cette égalité, sous l'effet du principe de proportionnalité et de l'interdiction de la discrimination, permettant alors certains aménagements de la règle commune.

a aussi déposé en novembre 2020 à l'Assemblée nationale du Québec une motion dénonçant le « racisme systémique » à l'égard des autochtones. Toutefois, cette motion a été rejetée en raison de l'opposition de la CAQ (Coalition Avenir Québec) qui, même si elle reconnaissait le traitement inacceptable subi par Mme Echaquan, s'opposait à l'utilisation de l'expression « racisme systémique » et à l'idée, selon elle, qu'elle implique, à savoir qu'il puisse y avoir un système de racisme institutionnalisé à l'égard des Autochtones au Québec.

148. *Conseil des juifs hassidiques du Québec c. Procureur général du Québec*, 2021 QCCS 281, par. [134].

149. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Gaz métropolitain inc.*, 2008 QCTDP 24.

150. *Gaz métropolitain inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201.

151. Voir *ibid.* par. [37].

152. Sur cette question, voir l'analyse approfondie de la notion de « discrimination systémique » proposée par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, *Document de réflexion sur la notion de « racisme systémique »*, 20 août 2021, p. 95-103.

2.2. EN FRANCE : ASSURER L'EXERCICE ÉGALITAIRE DE LA LIBERTÉ DE PENSÉE, DE CONSCIENCE ET DE RELIGION

275. L'adaptation de la règle commune, pour assurer l'exercice égalitaire de la liberté de pensée, de conscience et de religion, n'est pas contraire à l'identité juridique européenne. Certains droits nationaux reconnaissent de possibles aménagements que la Cour européenne des Droits de l'Homme peut parfois avoir à apprécier par la suite.

276. C'est le cas, par exemple, dans la décision *Osmanoğlu et Kocabaş c. Suisse* rendue le 10 janvier 2017¹⁵³. Dans cette affaire, les parents musulmans de fillettes scolarisées à l'école primaire refusaient, pour des raisons religieuses, qu'elles participent aux enseignements obligatoires de natation, alors que la législation cantonale applicable ne prévoyait la possibilité de demander une telle dispense qu'à partir de la puberté des élèves. Sanctionnés d'une amende par les autorités scolaires, les parents souhaitaient faire reconnaître la violation de leur liberté de pensée, de conscience et de religion par la Suisse.

277. Pour rejeter leur demande, la Cour européenne a alors constaté que les requérants avaient refusé des « arrangements significatifs » proposés par l'école afin de leur permettre de concilier exigences religieuses et obligation scolaire et ainsi « réduire l'impact litigieux de la participation des enfants aux cours de natation mixtes sur les convictions religieuses de leurs parents¹⁵⁴. » Selon la Cour,

[...] les filles avaient la possibilité de couvrir leurs corps pendant les cours de natation en revêtant un burkini [...]. Par ailleurs, les filles des requérants pouvaient se dévêtir et se doucher hors de la présence des garçons¹⁵⁵.

278. Dans une autre décision, *Francesco Sessa c. Italie* rendue le 3 avril 2012¹⁵⁶, les juges dissidents Tulkens, Keller et Popović, dans leurs opinions jointes, ont aussi tenté d'introduire la notion d'aménagement raisonnable en droit européen des droits de l'Homme. Dans cette affaire, un avocat de confession juive s'était opposé aux deux dates qui lui étaient proposées pour un renvoi d'audience, la première correspondant au jour de Yom Kippour,

153. Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Osmanoğlu et Kocabaş c. Suisse*, n° 29086/12, 10 janvier 2017.

154. *Ibid.*, par. [101].

155. *Ibid.*

156. Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Francesco Sessa c. Italie*, n° 28790/08, 3 avril 2012.

et la seconde à celui de Souccot. Cet avocat avait alors été déclaré absent pour raisons personnelles à cette audience qui s'était finalement tenue sans lui.

279. Dans cette décision, la position majoritaire a refusé de reconnaître que la liberté de pensée, de conscience et de religion du requérant avait été violée au motif que, dans cette situation :

[i]l n'est pas contesté que l'intéressé a pu s'acquitter de ses devoirs religieux. En outre, le requérant, qui devait s'attendre à ce que sa demande de report soit refusée conformément aux dispositions de la loi en vigueur, aurait pu se faire remplacer à l'audience litigieuse afin de s'acquitter de ses obligations professionnelles¹⁵⁷.

280. Quant aux trois juges dissidents dans cette affaire, ils regrettaient cette position trop tranchée considérant que, pour protéger le droit des justiciables de bénéficier d'un bon fonctionnement de l'administration de la justice, « la recherche d'un aménagement raisonnable de la situation litigieuse peut, dans certaines circonstances, constituer un moyen moins restrictif d'atteindre l'objet poursuivi¹⁵⁸ ».

281. En réalité, le droit français s'inscrit dans cette tendance du droit européen à considérer la possibilité de certains aménagements raisonnables face à des demandes de nature religieuse. Plus précisément, il admet des ajustements concertés qui sont facilités soit par des circulaires ministérielles¹⁵⁹ dans les services publics (2.2.1.), soit par le droit du travail en ce qui concerne les entreprises privées (2.2.2.).

2.2.1. Dans les services publics : des accommodements raisonnables refusés, mais des ajustements pratiqués

282. En droit français, les ajustements proposés doivent être distingués selon qu'ils concernent un agent soumis à une stricte neutralité dans l'exercice de ses fonctions ou bien un usager qui n'a pas les mêmes obligations.

157. *Ibid.*, par. [37].

158. *Ibid.*, Opinion dissidente commune, par. [9]. Voir Xavier Delgrange et Sébastien Van Drooghenbroeck, « le principe de proportionnalité : retours sur quelques espoirs déçus », 2019, p. 50.

159. Adressées par les ministres à leurs subordonnés hiérarchiques, les circulaires interprètent le droit afin de les guider dans leur action. En principe, elles sont simplement interprétatives et ne contiennent pas de dispositions réglementaires.

283. En ce qui concerne les agents travaillant dans les services publics ou pour les personnes publiques, en France, par principe, il ne peut y avoir de mesures de différenciation positive, ni de mesure prise en raison de ses opinions, que ce soit, par exemple, pour une absence de recrutement, un avancement ou une mesure disciplinaire¹⁶⁰. D'ailleurs, pour éviter une telle situation, d'après le Code général de la fonction publique :

[i] ne peut être fait état dans le dossier d'un fonctionnaire, de même que dans tout document administratif, des opinions ou des activités politiques, syndicales, religieuses ou philosophiques de l'intéressé [...] ¹⁶¹.

284. De plus, il ne peut y avoir aucune distinction, directe ou indirecte, entre les fonctionnaires en raison de leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race. Le juge censurera donc toute discrimination à raison des convictions du fonctionnaire qu'il aurait exprimé en dehors de ses fonctions, telle cette agente ayant invité par une lettre privée un élève-maître de l'école normale d'instituteurs de la Mayenne à assister, pendant les vacances, à certaines conférences, « en admettant même que lesdites conférences dussent avoir un caractère religieux¹⁶² ».

285. Malgré ce principe, conformément à de simples circulaires renouvelées annuellement depuis 1967 au nom de la liberté religieuse, mais aussi de l'égalité entre les cultes, les fonctionnaires peuvent tout de même solliciter des aménagements de tâches¹⁶³ ou des autorisations d'absence¹⁶⁴ pour raisons religieuses dans les limites des nécessités et du fonctionnement normal du service. De telles autorisations peuvent être données pour les jours de fêtes religieuses dont une liste établie en concertation avec les autorités religieuses est diffusée officiellement¹⁶⁵.

160. Conseil d'État, 16 juin 1982, n° 23276 et n° 23277, mentionné aux tables du recueil Lebon.

161. Code général de la fonction publique, art. L137-2.

162. Conseil d'État, 28 avril 1938, n° 59.549, publié au recueil Lebon.

163. Conseil d'État, 16 décembre 1992, n° 96459, inédit au recueil Lebon.

164. Conseil d'État, 12 février 1997, n° 125893, mentionné aux tables du recueil Lebon.

165. Mais cette liste n'est pas exhaustive. Voir Cour administrative d'appel de Paris, 22 mars 2001, n° 99PA02621, inédit au recueil Lebon, où la Cour a annulé la décision de refus d'autorisation d'absence opposé à un fonctionnaire de police raëlien au motif que de telles autorisations ne pouvaient être accordées que pour la pratique des cultes musulmans juif et arménien.

286. Toutefois, si la condition pour accepter un accommodement raisonnable au Québec est d'éviter les contraintes excessives, dans les services publics français, il s'agit de ne pas entraver leur fonctionnement normal¹⁶⁶. De fait, un agent travaillant seul dans son service, ou dans un service employant majoritairement ses coreligionnaires avec une mission aux horaires contraignants se verra accorder peu d'ajustements par rapport à celui qui est facilement remplaçable¹⁶⁷.

287. S'agissant des usagers, il a été expliqué que le principe de laïcité interdit « à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre les collectivités publiques et les particuliers¹⁶⁸ ». Ainsi, en France, il est impossible pour une personne de se voir dispensée de se faire photographier tête nue pour l'établissement de la carte nationale d'identité, quelles qu'en soient les motivations, et ce, pour des raisons d'ordre public¹⁶⁹. De même, le Conseil d'État a confirmé la validité du décret refusant la naturalisation d'une femme ayant rejeté, en invoquant sa religion, la main tendue des hommes politiques et hauts fonctionnaires masculins venus l'accueillir à la préfecture, le jour de sa cérémonie d'accueil dans la nationalité¹⁷⁰. L'une des conditions d'accès à cette dernière est en effet de s'engager à respecter les valeurs essentielles de la société française, auquel ce refus de saluer a été jugé contraire.

288. Toutefois, ce principe, qui, vu du Canada, peut paraître très strict et susceptible de porter atteinte à la liberté de pensée de conscience et de religion, n'empêche pas de tenir compte des demandes à caractère religieux des usagers. Leur acceptation se fera sous deux conditions cumulatives :

166. Conseil d'État, 16 février 2004, n° 264314, mentionné aux tables du recueil Lebon: le Conseil d'État a jugé que la supérieure hiérarchique du gardien d'un HLM pouvait, sans porter atteinte à la liberté de pratiquer une religion, invoquer précisément cette nécessité d'assurer le fonctionnement normal du service pour lui refuser de modifier ses horaires de travail afin de lui permettre de se rendre chaque vendredi à la mosquée. Le règlement de cette fonction imposait en effet une présence obligatoire ce jour de la semaine de 5 heures à 8 heures, de 9 heures à 11 heures et de 14 heures à 16 heures 30.

167. En pratique, lorsque les services ont beaucoup d'agents de la même religion et qu'ils ne peuvent fonctionner avec un fort taux d'absentéisme, l'usage s'est développé d'instaurer une alternance dans l'octroi des autorisations d'absence le jour des fêtes importantes, afin que chacun puisse en bénéficier à tour de rôle.

168. Conseil constitutionnel français, décision n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004.

169. Voir Conseil d'État, 15 décembre 2006, n° 289946, publié au recueil Lebon; Conseil d'État, 27 juillet 2001, n° 216903, publié au recueil Lebon.

170. Conseil d'État, 11 avril 2018, n° 412462, mentionné aux tables du recueil Lebon.

qu'elles ne troublent pas le fonctionnement du service public et qu'une réponse favorable n'entraîne pas la violation des principes, de libertés ou de droits de nature fondamentale¹⁷¹.

289. Dès lors, si ces conditions sont respectées, en ce qui concerne cette fois-ci la restauration collective, des menus de substitution (sans porc ou sans viande) peuvent être proposés dans les services publics «fermés». D'après le Conseil d'État, faire en sorte que les personnes puissent respecter les prescriptions en matière alimentaire propres à leurs convictions religieuses n'est pas contraire au principe de laïcité, à condition de ne pas troubler le fonctionnement normal du service et que cela ne serve pas de pression à l'égard de membres du groupe qui n'entendent pas s'y conformer¹⁷².

290. S'agissant des services publics facultatifs¹⁷³, il n'y a là encore aucune obligation pour les services publics de tenir compte de prescriptions ou d'interdits alimentaires religieux¹⁷⁴, ni des demandes de régimes spéciaux pour des raisons philosophiques, tels que le végétarisme¹⁷⁵. Toutefois, les principes de laïcité et de neutralité n'interdisent pas non plus de prévoir des menus différenciés selon les convictions et pratiques religieuses ou philosophiques (sans porc, sans viande), à condition de respecter les exigences réglementaires notamment en matière d'équilibre diététique¹⁷⁶. D'ailleurs, en pratique, ce type de menu de substitution s'est généralisé au sein des «cantines» françaises.

291. Le fait que beaucoup de règles prévoyant une adaptation des services publics aux demandes religieuses se retrouvent dans des circulaires – et non

171. Par exemple, il existe, en droit de la santé, un principe de libre-choix du patient. La limite à ce libre choix – pour tous les patients, que la liberté religieuse soit ou non invoquée – est le bon fonctionnement du service, son organisation, l'existence d'une urgence médicale, et le principe de non-discrimination. De même, le consentement du patient aux soins qui lui sont prodigués est la règle, mais le Conseil d'État a refusé de qualifier de fautif le comportement de médecins qui avaient accompli un acte indispensable à la survie d'une personne, quand bien même cette dernière avait plusieurs fois exprimé son refus que lui soient administrés des produits sanguins, y compris dans l'hypothèse où ce traitement constituerait le seul moyen de sauver sa vie; voir Conseil d'État, 26 octobre 2001, n° 198546, publié au recueil Lebon.

172. Conseil d'État, 10 février 2016, n° 385929, publié au recueil Lebon.

173. Services publics dont la création ou le maintien ne sont pas exigés par la Constitution ou par la loi.

174. Tribunal administratif de Marseille, 1^{er} octobre 1996, n°963523 et n° 963524.

175. Conseil d'État, 20 mars 2013, n° 354547, inédit au recueil Lebon. Cour administrative d'appel de Lyon, 23 octobre 2018, n° 17LY03323 et n° 17LY03328, inédit au recueil Lebon.

176. *Ibid.*

dans des lois – est diversement analysé. Selon le positionnement de l’auteur de cette analyse, il est envisagé soit comme une forme de souplesse du droit français (dans le sillon de la jurisprudence du Conseil d’État), soit comme une validation politique de pratiques *contra-legem*.

292. Il est vrai que, si ces circulaires permettent d’apaiser, tout en harmonisant les réponses faites à ce genre de demandes, la légalité de certaines d’entre elles peut être interrogée. Par exemple, en vertu de la loi de séparation des Églises et de l’État¹⁷⁷, aucun nouveau carré confessionnel ne peut être créé dans les cimetières. Pourtant, afin de répondre à de nombreuses demandes notamment musulmanes, une circulaire¹⁷⁸ recommande aux maires, au nom de la liberté religieuse et lors de funérailles, de répondre favorablement aux familles demandant l’inhumation d’un défunt avec ses coreligionnaires, même si, devant le risque de communautarisme toujours invoqué, il est aussi rappelé, dans cette même circulaire, l’interdiction de délimiter une démarcation entre ces lieux de regroupement par confessions et les autres parties du cimetière, et d’apposer tout signe religieux de taille trop importante¹⁷⁹. Certes, cette circulaire a permis de répondre à la demande sociale sans avoir à modifier la loi, mais on ne peut que constater qu’elle conduit tout de même à créer de fait des emplacements confessionnels dans les cimetières, en contradiction avec les dispositions de la loi de séparation de 1905.

293. Quoi qu’il en soit, il est important de noter que la loi de 1905 avait elle-même prévu des exceptions à la séparation pour tenir compte des convictions religieuses des usagers, en créant notamment un service public d’aumônerie pour que les patients, les détenus et les élèves puissent avoir accès à un accompagnement religieux, y célébrer leur culte ou recevoir un enseignement théologique¹⁸⁰. Progressivement, ces aumôniers sont même devenus des interlocuteurs pour les directeurs de service concernés, en

177. *Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l’État*, art. 28 : « Il est interdit, à l’avenir, d’élever ou d’apposer aucun signe ou emblème religieux sur les monuments publics ou en quelque emplacement public que ce soit, à l’exception des édifices servant au culte, des terrains de sépulture dans les cimetières, des monuments funéraires, ainsi que des musées ou expositions. ». Cette interdiction de créer des carrés confessionnels semble remonter à une loi du 14 novembre 1881, dite « loi sur la neutralité des cimetières » ; voir Jean-Pierre Tricon, « Cimetières confessionnels et carrés confessionnels », 2 février 2016.

178. *Circulaire du 19 février 2008 relative à la police des lieux de sépulture*.

179. Conseil d’État, 21 janvier 1910, n° 28824, publié au recueil Lebon.

180. *Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l’État*, art. 2 al. 2.

prenant part à une sorte de concertation destinée à permettre la pratique religieuse des usagers, et pouvant se traduire par des aménagements. D'ailleurs, une politique de recrutement d'intervenants dans les cultes minoritaires est en cours depuis les années 2010 pour élargir leur nombre¹⁸¹.

294. Par conséquent, contrairement à ce que l'on pourrait penser, les services publics français connaissent certains ajustements pour des motifs religieux, mais dans un cadre qui est beaucoup plus contraint que celui de l'entreprise privée, qui ne remet pas en cause la stricte neutralité des agents publics et des services publics.

2.2.2. Dans les entreprises privées : la possibilité d'« ajustements concertés » entre employeurs et employés, y compris pour davantage de neutralité

295. Le droit du travail français repose sur la négociation et le consensus, avec une influence notable des règles de l'Union européenne, notamment en ce qui concerne la définition de la discrimination au travail. Pour reprendre de nouveau l'expression de Gérard Bouchard¹⁸², des « ajustements concertés » se retrouvent régulièrement dans des contrats de travail, dans le règlement intérieur des entreprises, et sont autorisés par des conventions collectives. Cependant, en l'absence d'accord entre l'employeur et l'employé, ce dernier ne peut pas – au nom de sa liberté religieuse et d'une manière unilatérale – modifier son contrat de travail sur des éléments importants pour l'accomplissement de la tâche qu'il a accepté d'occuper¹⁸³.

296. Par exemple, dans un arrêt ancien de la Cour de cassation, un boucher employé depuis huit ans à Mayotte avait averti son employeur, après deux années passées à son poste, qu'il ne souhaitait plus être en contact avec la viande de porc, « estimant que cette situation n'était pas compatible avec sa confession musulmane¹⁸⁴ », et avait demandé sa mutation dans un autre service. Devant le refus de l'employeur, il avait cessé le travail et

181. Au 15 août 2017, le ministère de la justice dénombrait 1 585 intervenants d'aumônerie agréés en détention, selon la répartition suivante: Culte bouddhiste: 19 aumôniers; Culte catholique: 695 aumôniers; Culte israélite: 76 aumôniers; Culte musulman: 224 aumôniers; Culte orthodoxe: 54 aumôniers; Culte protestant: 347 aumôniers; Culte des Témoins de Jéhovah: 170 aumôniers (source: <<http://www.justice.gouv.fr/prison-et-reinsertion-10036/la-vie-en-detention-10039/culte-12002>>).

182. *Supra*, note 112.

183. Cour de cassation, Chambre sociale, 24 mars 1998, n° 95-44.738, publié au bulletin.

184. *Ibid.*

réclamait des indemnités de rupture et des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

297. Le tribunal supérieur d'appel de Mayotte lui avait donné raison en estimant que

[...] l'employeur devait respecter les croyances religieuses de M. Y. dans un territoire essentiellement voué à l'islam qui proscriit la viande de porc; qu'en l'affectant au rayon boucherie, il aurait dû l'informer qu'il aurait à travailler cette viande, qu'en omettant de l'informer correctement sur la réalité de son nouveau poste de travail, et donc qu'en refusant de le réintégrer dans son service antérieur, l'employeur avait commis une faute¹⁸⁵.

La Cour de cassation n'a toutefois pas retenu cette analyse. Elle a jugé que

[...] [s]'il est exact que l'employeur est tenu de respecter les convictions religieuses de son salarié, celles-ci, sauf clause expresse, n'entrent pas dans le cadre du contrat de travail et l'employeur ne commet aucune faute en demandant au salarié d'exécuter la tâche pour laquelle il a été embauché dès l'instant que celle-ci n'est pas contraire à une disposition d'ordre public¹⁸⁶.

298. La Cour relève que, en l'espèce, le travail demandé correspondait à un poste que le salarié avait accepté d'occuper, sans qu'aucune clause de son contrat de travail ou qu'une disposition du statut local ne prévoie qu'il serait dispensé d'être en contact avec de la viande de porc pour motifs religieux. La Cour a donc estimé que la faute de l'employeur n'était pas caractérisée.

299. Par conséquent, dans les entreprises françaises, des ajustements concertés entre salariés et employeurs dans les contrats de travail et règlements intérieurs peuvent être prévus pour tenir compte des convictions religieuses des salariés, sous forme de définition des horaires, des jours de travail ou des tâches à accomplir. Simplement, l'une des parties ne pourra pas unilatéralement modifier ce contrat sans concertation préalable, en invoquant ses croyances ou pratiques confessionnelles.

300. Le droit français admet même la possibilité d'entreprises de tendance, définies par une directive européenne du 27 novembre 2000 comme recouvrant les «activités professionnelles d'églises» et les «autres

185. *Ibid.*

186. *Ibid.*

organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions», lorsque :

par la nature de ces activités ou par le contexte dans lequel elles sont exercées, la religion ou les convictions constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation¹⁸⁷.

Ces personnes morales peuvent être comparées à celles qui sont visées à l'article 20 de la *Charte québécoise* en vertu de laquelle :

[u]ne distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi, ou justifiée par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique est réputée non discriminatoire.

301. Dans ce cas, la finalité de l'entreprise lui permet d'exercer des droits particuliers, de déroger au droit commun, en recrutant notamment des salariés en fonction de leur appartenance confessionnelle pour des tâches particulières, au nom de la liberté religieuse de cette personne morale. Ses salariés pourront même se voir imposer des contraintes de nature religieuse, toujours à condition que leur tâche à accomplir le justifie.

302. Dans un arrêt ancien¹⁸⁸, la Cour de cassation avait ainsi estimé que, puisque le contrat de travail liant une institutrice et une association religieuse avait pris en compte les convictions religieuses de cette enseignante, et que la nature de ses fonctions le justifiait, il y avait des circonstances exceptionnelles motivant l'interdiction faite par l'association à son enseignante de se remarier après un divorce. Cette solution, bien qu'ancienne et isolée, est comparable à la solution de la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'affaire *Obst c. Allemagne* rendue le 23 septembre 2010, dans laquelle le licenciement pour adultère par un organisme religieux avait également été admis¹⁸⁹.

303. Depuis 2016¹⁹⁰, la loi française reconnaît l'existence d'entreprises de tendance neutres, ce qui confirme que les convictions religieuses et

187. *Supra* note 105, art. 4, par. 2.

188. Cour de cassation, Assemblée plénière, 19 mai 1978, n° 76-41.211, publié au bulletin.

189. Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Obst c. Allemagne*, n° 425/03, 23 septembre 2010.

190. *Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.*

philosophiques sont traitées juridiquement de manière équivalente. Le règlement intérieur des entreprises peut donc proclamer le principe de neutralité et restreindre la manifestation des convictions (pas seulement religieuses) des salariés. Le problème qui se posait dans l'affaire *Société Micropole* de 2017¹⁹¹ était celui d'éventuellement pouvoir prendre en compte la volonté des clients de ces personnes morales. En effet, la pratique commerciale selon laquelle «le client est roi» consiste à prendre en compte tous les désirs de ce client, et donc d'admettre dans la mesure du possible l'ensemble de ses demandes, y compris celles en lien avec le fait religieux. Or, le client d'une société française s'était plaint après un rendez-vous avec une employée (une ingénieure d'étude de cette société) en exigeant qu'il n'y ait «pas de voile la prochaine fois!¹⁹²». La salariée ayant refusé le principe d'ôter son voile, et donc de se plier au désir du client, avait été licenciée.

304. Selon la Cour de justice de l'Union européenne :

[la directive] du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, doit être interprétée en ce sens que la volonté d'un employeur de tenir compte des souhaits d'un client de ne plus voir les services dudit employeur assurés par une travailleuse portant un foulard islamique ne saurait être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de cette disposition¹⁹³.

305. La Cour de cassation française reprend *in extenso* la réponse de la Cour de Justice de l'Union Européenne. Elle confirme que l'employeur peut, en vertu de la loi française, prévoir dans le règlement intérieur de l'entreprise ou dans une note de service soumise aux mêmes dispositions légales, une clause de neutralité interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail, sous certaines conditions. Cependant, en matière religieuse, si un salarié refuse de se conformer à cette clause et d'ôter son signe confessionnel dans le cadre de ses fonctions professionnelles en contact avec les clients de l'entreprise, l'employeur doit rechercher si, tout en tenant compte des contraintes inhérentes à l'entreprise et sans que celle-ci ait à subir une charge supplémentaire, il lui serait possible de proposer à ce salarié un poste de travail n'impliquant

191. Cour de Justice de l'Union Européenne, *Bougnou et Association de défense des droits de l'homme (ADDH) c. Micropole SA*, n° C-188/15, 14 mars 2017.

192. *Ibid.*, par. [14].

193. *Ibid.*, par. [42].

pas de contact visuel avec ces clients, plutôt que de procéder à son licenciement¹⁹⁴. La Cour suggère ainsi à son tour un «ajustement concerté».

306. À bien des égards, les ajustements concertés se révèlent donc de plus en plus reconnus en droit français et ils sont :

[...] non seulement pratiqués dans les services publics et sur les lieux de travail français, mais ils se retrouvent progressivement saisis par le droit, quand bien même il y a très peu de litiges au regard du nombre de ces ajustements¹⁹⁵.

307. Toutefois, il est important de noter que le principe de l'égalité formelle à la française reste tout de même un frein important à l'acclimatation des accommodements raisonnables tels qu'ils sont consacrés en droit canadien.

308. Face aux inégalités de toute nature, mais aussi plus particulièrement religieuses et culturelles, le droit canadien et le droit français sont en quête d'un équilibre difficile entre l'égalité formelle et l'égalité réelle. C'est ainsi que, au sein du multiculturalisme canadien contemporain, les mécanismes de différenciation juridique consacrés pour corriger les inégalités effectivement vécues sont présentement interrogés pour favoriser un retour au principe d'égalité formelle par l'élaboration d'une norme plus inclusive, voire peut-être pour permettre l'émergence d'une nouvelle compréhension de l'égalité, plus élargie, à savoir l'égalité inclusive. Quant à la laïcité française, au niveau du droit, son affirmation du principe d'égalité formelle n'empêche pas, dans certaines situations et à certaines conditions, l'existence de mécanismes de différenciation juridique pour corriger les inégalités effectivement vécues au sein de la société.

309. Finalement, cette comparaison entre le multiculturalisme canadien et la laïcité française montre que, tant au Canada qu'en France, les défis que soulève le choix d'une société plurielle sont nombreux. À la confluence de plusieurs conceptions de l'égalité, l'exercice de synthèse se révèle difficile pour ces deux droits. En tout cas, à n'en pas douter, ces nombreux défis les

194. Cour de cassation, *supra* note 111.

195. Frédéric Dieu considère même qu'il y aurait progressivement une acclimatation progressive du concept d'accommodement raisonnable sous l'effet notamment de la primauté du droit européen sur le droit national, «au risque de cette fragmentation de notre système juridique et peut-être de notre société (la question lancinante étant à cet égard de savoir si la dérogation à la norme commune en vue de satisfaire des demandes individuelles est la cause ou la conséquence de l'atomisation de la société)» (Frédéric Dieu, «Convictions religieuses et ajustements de la norme commune : raideur théorique et souplesse jurisprudentielle», 2019, p. 108).

obligent à revisiter leurs fondements communs, trop souvent négligés : une tradition philosophique et juridique partagée, marquée par la reconnaissance de l'égalité de tous les êtres humains mais aussi en quête de liberté, d'égalité et ... de fraternité.

CHAPITRE 3

Fraternité

310. Face aux horreurs de la Seconde Guerre mondiale, les rédacteurs de la Déclaration universelle des droits de l'Homme ont fait de la fraternité un devoir qui s'impose à tous les êtres humains. C'est ainsi que l'article premier de ce texte fondateur énonce que « [t]ous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité ».

311. Cet article insiste sur l'idée que tous les individus, quelles que soient leurs particularités et leur représentation du monde, appartiennent à une même communauté humaine et qu'ils se doivent un respect réciproque. Il reconnaît l'existence d'un lien fraternel entre les êtres humains envisagés comme les membres dignes et solidaires d'une même famille humaine.

312. En France, la fraternité est une exigence essentielle qui s'exprime au travers du triptyque « Liberté, égalité, fraternité¹ » constituant sa devise². La fraternité est alors constitutive d'une appartenance à une même communauté politique et nationale. Elle manifeste que, au sein de la République française, les membres du corps social partagent un lien commun qui permet l'harmonie et la bonne cohésion au sein de la société.

313. En pratique, ce lien fraternel prend alors deux formes : d'une part, la solidarité de la République française, qui se traduit par des droits-créances que l'État doit aux individus en cas de catastrophe nationale³ ; d'autre part, une fraternité *stricto sensu*, qui se manifeste spontanément entre les individus. En France, cette distinction se retrouve aussi en droit constitutionnel. La solidarité est une obligation du corps de la nation (et donc de l'État français qui le représente) d'aider celui ou celle qui est en détresse, notamment pour prévenir ou réparer les dommages causés par les calamités, tandis

1. Michel Borgetto, *La devise « Liberté, Égalité, Fraternité »*, 1997.

2. Cette devise, et donc la fraternité, est mentionnée à trois reprises dans la Constitution française du 4 octobre 1958 : préambule, art. 3 et art. 72-3.

3. D'après le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (qui a encore valeur constitutionnelle d'après le Conseil constitutionnel français), « [l]a Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales. »

que la fraternité *stricto sensu* désigne la faculté dont disposent les personnes physiques d'aider autrui, ce qui laisse une large place au libre-arbitre dans l'exercice de cette faculté qui apparaît tout autant comme une valeur commune qu'un principe juridique⁴. En France, depuis le XVIII^e siècle, la fraternité française fait l'objet de débats constants. Partie de la devise nationale la plus interrogée⁵, elle est tout autant critiquée qu'invoquée, parfois par ceux-là mêmes qui la jugent utopique⁶.

314. Au Canada, si les notions de liberté et d'égalité sont centrales dans les textes constitutionnels, celle de fraternité, à la différence de la France, n'y est pas mentionnée. Toutefois, écartant l'hypothèse que cette absence s'explique par le triomphe de l'individualisme au Canada et plus largement en Amérique du Nord, l'honorable juge Charles D. Gonthier de la Cour suprême a pu suggérer que la fraternité inspire l'ensemble de l'ordre juridique canadien et que, même si elle est textuellement absente dans l'ordre constitutionnel canadien, elle n'en est pas moins implicitement présente mais aussi et surtout indispensable pour donner un sens aux idéaux de liberté et d'égalité qui animent le multiculturalisme canadien⁷. Pour le juge Gonthier, la fraternité serait même le troisième pilier silencieux de la démocratie canadienne au côté de la liberté et de l'égalité.

315. Reprenant les propos du philosophe américain Ralph Barton Perry, le juge Gonthier considère ainsi que :

[t]he full spirit of fraternity acknowledges the just pride of others, and gives in advance that which the other's self-respect demands. It is the only possible relation between two self-respecting persons. It does not imply intimacy or friendship, for these must depend upon the accidents of propinquity and temperament; but it implies courtesy, fair-mindedness, and the admission of one's own limitations. It must underlie the closer relations of family, neighborhood, or vocation; but it must be extended to the broader and less personal relations of fellow citizenship and fellow humanity. It is the essential spirit of that finer companionship which even

4. Conseil constitutionnel français, décision n° 2018-717/718 QPC, 6 juillet 2018.

5. Comme le faisait Aimé Césaire en 2006 lorsqu'il déclarait à propos de la situation française : « Liberté oui, égalité oui, fraternité point d'interrogation » (Aimé Césaire, interview dans *Thalassa: le magazine de la mer*, France 3, 5 mai 2006, en ligne).

6. Une dizaine de philosophes écrivains et hommes politiques français ont publié un ouvrage consacré à la fraternité ces quinze dernières années.

7. Charles D. Gonthier, « Liberty, Equality, Fraternity: The Forgotten Leg of the Trilogy, or Fraternity: The Unspoken Third Pillar of Democracy », 2000.

*kings have coveted; but in a diffused and rarefied form it is the atmosphere which is vital to a democratic community*⁸.

316. Que ce soit au Canada ou en France, les réflexions autour de la fraternité sont donc indissociables de la question de l'altérité intersubjective, de la coopération et de la solidarité au sein de la communauté politique et nationale mais aussi, plus largement, de la communauté humaine. Plus précisément encore, la fraternité y est envisagée comme une condition indispensable à l'existence et à l'épanouissement de ces sociétés démocratiques reconnaissant la dignité de chaque citoyen et citoyenne et s'imposant l'exigence de permettre à tous et à toutes l'exercice effectif et égalitaire de leurs droits fondamentaux individuels.

317. En matière de conscience et de religion, tant au sein du multiculturalisme canadien que de la laïcité française, cette exigence se révèle toutefois des plus difficiles puisqu'elle implique pour ces régimes pluralistes de réussir à faire cohabiter de manière pacifique les droits des croyants, des athées, des agnostiques, des sceptiques et indifférents, tout en évitant que certains ne subissent des discriminations, voire des persécutions, mais aussi tout en intégrant chaque citoyen dans une communauté nationale marquée par un héritage religieux et culturel singulier.

318. Au niveau juridique, pour atteindre cet objectif, le Canada et la France ont pour particularité d'affirmer le principe de la neutralité de l'État. En effet, tant en droit canadien qu'en droit français, ce principe s'accompagne de plusieurs obligations d'abstention dites négatives qui encadrent l'action des institutions étatiques. Tout en assurant l'indépendance de l'État par rapport aux religions mais aussi, plus largement, aux différentes représentations du monde qui s'expriment au sein de la société, ces obligations contribuent à garantir l'expression sans contraintes de toutes les pensées, opinions et croyances au sein de l'espace public (1.).

319. Ensuite, grâce à cette indépendance, l'État et ses institutions se retrouvent alors en mesure d'être des arbitres neutres et impartiaux. Cette position singulière leur permet alors d'assumer des obligations positives pour protéger le pluralisme, sous toutes ses formes, au sein de la société. (2.)

8. Ralph Barton Perry, *Puritanism and Democracy*, 1944.

1. LES OBLIGATIONS NÉGATIVES DE L'ÉTAT : ASSURER SA NEUTRALITÉ FACE AU PLURALISME

320. Tant au Canada qu'en France, le principe de neutralité est un principe constitutionnel fondamental. Il justifie des obligations négatives à la charge de l'État et de ses institutions. À bien des égards, ces obligations visent à assurer l'intégration au sein de la société de tous les citoyens et de toutes les citoyennes, quelles que soient leurs pensées, opinions ou croyances. Plus particulièrement, elles contribuent à définir un espace public aux caractéristiques spécifiques : un espace public inclusif et participatif au Canada (1.1.) ; un espace égalitaire et pacifié en France (1.2.)

1.1. AU CANADA : ASSURER UN ESPACE PUBLIC INCLUSIF ET PARTICIPATIF

321. Au Canada, le devoir de neutralité de l'État est considéré comme un devoir essentiel pour que ce dernier puisse assurer l'existence d'un espace public inclusif et participatif.

322. Tout d'abord, pour atteindre cet objectif, ce devoir de neutralité implique une nécessaire neutralité de posture de la part des institutions étatiques : elles se doivent d'adopter une attitude traduisant une indépendance par rapport aux religions, voire une émancipation par rapport aux croyances qui ont pu les façonner au cours de l'Histoire, comme celles issues du christianisme (1.1.1.).

323. Ensuite, se pose la difficile question de l'étendue de ce devoir de neutralité. La nécessaire neutralité de posture de l'État et de ses institutions implique-t-elle que ses représentants, tout particulièrement ceux en position d'autorité, adoptent une stricte neutralité d'apparence, leur interdisant de porter tout signe révélant leur appartenance religieuse et culturelle⁹ ? Au

9. Cette distinction entre la neutralité de posture et la neutralité d'apparence se retrouve, dans des termes très semblables, dans la jurisprudence européenne. Elle a aussi été reprise par le Conseil de la magistrature du Québec. Dans la décision *Ebrahimiam c. France*, n°64846/11, 26 novembre 2015, par. [25], la Cour européenne des droits de l'Homme distingue ainsi la neutralité de traitement et la neutralité d'apparence : « En même temps, la liberté de conscience de ces agents doit être conciliée avec l'exigence de neutralité religieuse propre au service public. Les fonctionnaires sont soumis à un devoir déontologique de neutralité. Le fonctionnaire doit assurer une stricte égalité de traitement des administrés dans l'exercice de ses fonctions, quelles que soient leurs convictions ou croyances. Le principe de neutralité de l'État implique que "l'administration et les services publics doivent donner toutes les garanties de la neutralité, mais doivent aussi en présenter les apparences pour que l'utilisateur ne puisse douter de cette neutralité. En conséquence, une obligation de neutralité particulièrement stricte s'impose à tout agent du service public" »

Canada, cette question se révèle difficile, voire épineuse, depuis que le Québec, le 16 juin 2019, a adopté et sanctionné la *Loi sur la laïcité de l'État*. En effet, cette loi provinciale interdit à certaines personnes qui relèvent des institutions de l'État de porter des signes religieux. Cette loi entend affirmer, sans ambiguïté, que l'État est désormais séparé des religions, et ceci de manière stricte (1.1.2.).

1.1.1. La nécessaire neutralité de posture des institutions de l'État

324. En droit constitutionnel canadien, le devoir de neutralité de l'État est considéré comme un principe essentiel pour garantir, au sein de la société, « la tolérance individuelle ou collective¹⁰ ». Pour la Cour suprême du Canada :

en plus de promouvoir la diversité et le multiculturalisme, l'obligation de neutralité religieuse de l'État relève d'un impératif démocratique. Les droits et libertés énumérés dans [la *Charte canadienne*] traduisent la poursuite d'un idéal : celui d'une société libre et démocratique¹¹.

325. Dans la poursuite de cet idéal, le devoir de neutralité de l'État s'impose pour assurer la préservation d'un « espace public neutre¹² » qui présente une double caractéristique.

326. Premièrement, il s'agit d'un espace « libre de contraintes et de pressions¹³ », où « tous bénéficient d'une véritable liberté de croire ou de ne pas croire¹⁴. » En d'autres termes, c'est un espace inclusif où chacun peut exercer son droit à la liberté de religion, à la fois dans son contenu positif et négatif. Deuxièmement, cet espace public neutre est aussi un espace où les croyants, athées, agnostiques, sceptiques et indifférents peuvent tous contribuer, sans que des discriminations s'y produisent, notamment en

(Commission nationale consultative des droits de l'homme, Avis sur la laïcité, *Journal officiel* no 0235 du 9 octobre 2013). [...] ». Quant au Conseil de la magistrature du Québec, il envisage plus spécifiquement le devoir de neutralité réelle et le devoir de neutralité apparente du juge. Voir le document rédigé par le Conseil de la magistrature dans le cadre de l'application de l'article 5 de la *Loi sur la laïcité de l'État*: Conseil de la magistrature, *Les exigences de la laïcité au Québec. Réflexions quant à leur incidence sur le devoir de neutralité réelle et apparente du juge*, 2022.

10. *Congrégation des Témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, [2004] 2 R.C.S 650, par. [65].

11. *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, [2015] 2 R.C.S. 650, par. [75].

12. *Ibid.*, par. [74].

13. *Ibid.*

14. *Ibid.*

raison « des jugements de la part des pouvoirs publics en matière de spiritualité¹⁵. » Il s'agit d'un espace qui assure la participation de tous et de toutes, quelles que soient leurs convictions religieuses, culturelles ou philosophiques.

327. Cette compréhension de l'espace public explique que, dans la jurisprudence canadienne, le devoir de neutralité de l'État qui fonde son existence est envisagé comme le corollaire du droit à la liberté de conscience et de religion consacré à l'article 2b) de la *Charte canadienne* et qu'il entretient aussi des liens étroits avec le droit à l'égalité de chaque citoyen reconnu à l'article 15 de cette même charte. Elle justifie également que l'État et ses institutions adoptent, au sein de l'espace public, une neutralité de posture qui se traduit par une attitude d'indépendance stricte leur interdisant de

s'ingérer dans le domaine de la religion et des croyances. L'État doit plutôt demeurer neutre à cet égard. Cette neutralité exige qu'il ne favorise ni ne défavorise aucune croyance, pas plus du reste que l'incroyance [...]. Elle requiert de l'État qu'il s'abstienne de prendre position et évite ainsi d'adhérer à une croyance particulière¹⁶.

328. En raison de cette compréhension du devoir de neutralité, dans la décision *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, le juge Gascon, qui présente la position majoritaire, a pu établir qu'il était possible de caractériser un manquement de l'État à son devoir de neutralité lorsque deux conditions cumulatives sont réunies: d'une part, lorsque « l'État professe, adopte ou favorise une croyance à l'exclusion des autres¹⁷ »; d'autre part, lorsque cette pratique porte atteinte, de manière plus que négligeable et insignifiante mais aussi de façon discriminatoire, à leur droit à la liberté de religion¹⁸.

329. Dans la décision *R. c. Big M. Drug Mart Ltd*¹⁹, en 1985, le juge en chef Dickson avait déjà adopté un raisonnement semblable pour reconnaître que la *Loi sur le dimanche*²⁰ était inconstitutionnelle. En effet, il avait constaté que cette loi fédérale avait un objet religieux puisqu'elle rendait obligatoire « l'observance par le public de l'institution chrétienne du sabbat²¹ ». En outre,

15. *Ibid.*

16. *Ibid.*, par. [72].

17. *Ibid.*, par. [83].

18. *Ibid.*, par. [83] à [86] et par. [93].

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

20. *Loi sur le dimanche*, S.R.C. 1970, c. L-13.

21. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra* note 19, par. [48].

selon lui, elle portait atteinte au droit à la liberté de conscience et de religion garanti à l'article 2a) de la *Charte canadienne* d'une double façon : d'une part, en exerçant « une forme de coercition [sur les non-chrétiens] contraire à l'esprit de la *Charte canadienne* et à la dignité de [ces derniers]²² » ; d'autre part, en créant « un climat hostile aux Canadiens non chrétiens et [en paraissant] en outre discriminatoire à leur égard²³. » En fait, selon le juge en chef, cette loi ne respectait pas le devoir de neutralité de l'État et ne traduisait pas son indépendance par rapport au christianisme. Dans cette décision, il a affirmé que, en l'espèce :

[l]e contenu théologique de la Loi est un rappel subtil et constant aux minorités religieuses canadiennes des différences qui les séparent de la culture religieuse dominante.

Pour des motifs religieux, on interdit aux non-chrétiens d'exercer des activités par ailleurs légales, morales et normales. L'État exige de tous qu'ils se souviennent du jour du Seigneur des chrétiens et qu'ils le sanctifient. Or, protéger une religion sans accorder la même protection aux autres religions a pour effet de créer une inégalité destructrice de la liberté de religion dans la société²⁴.

330. Dans la décision *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*²⁵, en 2015, le juge Gascon a considéré, quant à lui, que le règlement municipal de la ville du Saguenay qui encadrait la pratique d'une prière catholique au début d'un conseil municipal ne respectait pas non plus le devoir de neutralité de l'État. Ce règlement avait un caractère religieux. Dans cette situation particulière, le juge Gascon a décidé que

la récitation de la prière aux séances du conseil constitue avant tout une utilisation des pouvoirs publics par le conseil dans le but de manifester et de professer une religion à l'exclusion des autres. La prière représente bien plus que la simple expression d'une tradition culturelle. Il s'agit d'une pratique par laquelle l'État professe activement et en toute connaissance de cause une foi théiste²⁶.

331. De plus, ce règlement portait atteinte de manière plus que négligeable et insignifiante mais aussi de façon discriminatoire au droit à la liberté de conscience et de religion de M. Simoneau, un citoyen athée qui assistait

22. *Ibid.*, par. [97].

23. *Ibid.*

24. *Ibid.*, par. [97] et [98].

25. *Supra*, note 11.

26. *Ibid.*, par. [118].

de manière régulière aux séances publiques du conseil municipal. Selon le juge Gascon, dans le contexte d'un conseil municipal :

[l]a prière récitée [...] en violation du devoir de neutralité de l'État engendre une distinction, exclusion et préférence fondée sur la religion, soit l'athéisme de M. Simoneau, qui, conjuguée aux circonstances entourant sa récitation, fait des séances un espace préférentiel favorisant les croyants théistes. Ces derniers peuvent participer à la démocratie municipale dans un environnement favorable à l'expression de leurs croyances, alors que si les incroyants peuvent eux aussi participer, c'est au prix de l'isolement, de l'exclusion et de la stigmatisation. Cela compromet le droit de M. Simoneau à l'exercice de sa liberté de conscience et de religion²⁷.

332. Dans la décision *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, le maire de la ville du Saguenay et les membres du conseil municipal, pour justifier leur pratique de la prière et le règlement qui l'encadrerait, ont pu avancer deux arguments : premièrement, « une prière religieuse serait valide, selon eux, puisque le théisme de l'État canadien aurait été constitutionnalisé par la mention de la suprématie de Dieu dans le préambule de la *Charte canadienne*²⁸ » ; deuxièmement, toujours selon leur perspective, « la neutralité de l'État permet de tolérer un État “un peu religieux”, dans la mesure où celui-ci se montre inclusif [et une] telle tolérance serait justifiable au nom de valeurs fondées sur l'histoire et sur la tradition²⁹. »

333. Face au premier argument, la réponse du juge Gascon est claire : la référence à la suprématie de Dieu dans le préambule de la *Charte canadienne* ne remet pas en cause l'indépendance de l'État par rapport aux religions et ne crée pas de relations privilégiées de l'État canadien, notamment avec les religions chrétiennes comme le catholicisme.

La mention de la suprématie de Dieu dans le préambule de la *Charte canadienne* ne saurait entraîner une interprétation de la liberté de conscience et de religion qui autoriserait l'État à professer sciemment une foi théiste. Ce préambule, y compris sa référence à l'être divin, est l'expression de la « thèse politique » sur laquelle reposent les protections qu'elle renferme [...]. Partant, la mention du

27. *Ibid.*, par. [120].

28. *Ibid.*, par. [95]. Voir Préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés*, édictée comme l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.U.), entrée en vigueur le 17 avril 1982 (ci-après « *Charte canadienne* ») : « Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit ».

29. *Ibid.*, par. [137].

divin dans le préambule ne saurait être invoquée pour diminuer l'étendue d'une garantie explicite prévue par les chartes³⁰.

334. Pour asseoir sa position, le juge Gascon cite d'ailleurs un passage d'un article écrit par Lorne Sossin qui exprime l'opinion juridique selon laquelle :

[l]a mention de la suprématie de Dieu dans la Charte ne saurait permettre d'affirmer qu'une religion plutôt qu'une autre est privilégiée au Canada, que le monothéisme est préférable au polythéisme ou encore que les croyants jouissent de droits et privilèges plus étendus que les athées ou les agnostiques. L'une ou l'autre de ces interprétations irait à l'encontre de l'objet et de l'orientation de la Charte, ainsi que des dispositions explicites de l'art. 2 portant sur la liberté de religion et de conscience³¹.

335. Quant au deuxième argument, sans nier l'histoire et le patrimoine religieux du Canada ainsi que son influence sur le droit, le juge Gascon rappelle que l'État doit viser une neutralité réelle (*a true neutrality* en anglais) permettant l'existence d'un espace public sans exclusion :

[l]a cible de la neutralité réelle n'est pas la stricte autonomie de l'État par rapport aux perspectives religieuses. L'objectif de la neutralité est plutôt de faire en sorte que l'État demeure – en fait et en apparence – ouvert à tous les points de vue, sans égard à leur fondement spirituel. Loin de viser l'autonomie, la neutralité réelle exige que l'État ne favorise ni ne défavorise aucune religion et s'abstienne de prendre position sur ce sujet. Or, même « inclusive », une pratique religieuse étatique risque néanmoins d'exclure les incroyants ; sa conformité avec [les

30. *Ibid.*, par. [147] et [148].

31. Lorne Sossin, « The “Supremacy of God”, Human Dignity and the Charter of Rights and Freedoms », 2003, p. 229. D'ailleurs, dans cet article, il est intéressant de noter que l'auteur propose également un point de vue original sur la référence à la suprématie de Dieu dans la disposition préliminaire de la *Charte canadienne*, en plus de celle à la suprématie du droit. Voir p. 237 et 240-241 : « *I have suggested that there is a larger role for the supremacy of God in the Preamble to the Charter that has nothing whatever to do with religious convictions or particular religious traditions but, rather with universal aspirations to moral good and social justice. No one religious or secular or political or judicial leader has unique or superior insight into the meaning or mandate of God; rather, this term's incorporation in the Charter should be seen as an invitation to contest and engage in dialogue about the nonnative foundations of Charter rights, and first among these foundations is the content of human dignity. In short, claims on the scope and content of human dignity are leaps of faith, not in the name of a supernatural deity, but rather in the name of our own collective moral aspirations [...]. The leap of faith which I find most compelling, for example, is that human dignity as a Charter norm ought to encompass and elaborate the claim that all human beings merit equal moral worth and recognition by the state, and that this imposes positive obligations on governments to meet the basic needs of those dependant on state assistance (whether this conviction springs from secular or spiritual sources seems to me to be beside the point).* »

droits fondamentaux] ne dépend pas de son degré d'inclusion, mais de son caractère exclusif et de ses effets sur la capacité du plaignant d'agir en conformité avec ses croyances³².

336. En droit canadien, le devoir de neutralité de posture des institutions et des employés de l'État est donc clairement affirmé, ce devoir s'enracinant tout autant dans le nécessaire respect du droit à la liberté de conscience et de religion que dans celui du droit à l'égalité, consacrés par la *Charte canadienne*.

337. Or, dans la décision *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, comment est-il possible d'interpréter l'affirmation des juges de la Cour suprême du Canada selon laquelle l'État doit demeurer « – en fait et en apparence – ouvert à tous les points de vue, sans égard à leur fondement spirituel³³ » ? Dans ce jugement, pour caractériser le manquement des membres du conseil municipal au devoir de neutralité de l'État, la haute cour a considéré, en fait, les attitudes, les gestes, les comportements et les paroles des membres du conseil municipal dans un contexte particulier. Or, de manière plus large, qu'en est-il de leur devoir de neutralité au niveau de leur apparence ? À partir de cette décision, est-il possible de déduire que le devoir de neutralité de l'État justifie que les représentants étatiques, tout particulièrement ceux en situation d'autorité, se doivent d'incarner l'indépendance de l'État par rapport aux religions en ne portant aucun signe distinctif ?

1.1.2. La difficile question de la neutralité d'apparence des représentants de l'État

338. Avec la *Loi sur la laïcité de l'État* de 2019, le Québec a choisi de faire cette déduction et de consacrer, dans son article 6, que certaines personnes, dans l'exercice de leurs fonctions, ne peuvent plus porter des signes religieux³⁴, comme, par exemple, le président et le vice-président de l'Assemblée

32. *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, supra note 12, par. [137].

33. *Ibid.*

34. *Loi sur la laïcité de l'État*, art. 6: « Le port d'un signe religieux est interdit dans l'exercice de leurs fonctions aux personnes énumérées à l'annexe II. Au sens du présent article, est un signe religieux tout objet, notamment un vêtement, un symbole, un bijou, une parure, un accessoire ou un couvre-chef, qui est : 1° soit porté en lien avec une conviction ou une croyance religieuse ; 2° soit raisonnablement considéré comme référant à une appartenance religieuse. »

nationale, les juges de paix, les membres des tribunaux administratifs, le ministre de la justice et procureur général, les avocats et notaires qui relèvent d'un ministère, les agents de paix ainsi qu'un directeur, un directeur adjoint ou un enseignant relevant d'un centre de services scolaires³⁵.

339. Selon cette loi, cette interdiction s'impose en raison du caractère laïque de l'État du Québec³⁶ et se déduit des quatre principes constitutifs sur lesquels repose cette laïcité, à savoir :

- 1°) la séparation de l'État et des religions ;
- 2°) la neutralité religieuse de l'État ;
- 3°) l'égalité de tous les citoyens et citoyennes ;
- 4°) la liberté de conscience et la liberté de religion³⁷.

340. D'après l'article 3 de cette loi, qui se réfère textuellement à la décision *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*³⁸, il importe d'affirmer que :

[l]a laïcité de l'État exige que, dans le cadre de leur mission, les institutions parlementaires, gouvernementales et judiciaires respectent [ses] principes [constitutifs], en fait et en apparence [nos soulignements].

341. Or, au regard du droit canadien, la constitutionnalité de la *Loi sur la laïcité de l'État* pose de nombreuses questions. D'ailleurs, elle fait l'objet d'une contestation devant les tribunaux.

342. Deux femmes musulmanes, une femme sikhe et une femme catholique considèrent que cette loi est inconstitutionnelle puisqu'elle les empêche de mener et de poursuivre une carrière en enseignement au Québec en raison du port d'un ou de plusieurs signes religieux et culturels. Devant le tribunal, les plaignantes ainsi que les regroupements et associations impliqués ont formulé plusieurs arguments juridiques. Toutefois, cette formulation n'était pas des plus faciles. En effet, dans la *Loi sur la laïcité de l'État*, les articles

35. Pour la liste exhaustive des personnes visées par l'interdiction de porter un signe religieux dans l'exercice de leurs fonctions, voir *Loi sur la laïcité de l'État*, annexe II.

36. *Loi sur la laïcité de l'État*, art. 1^{er} : « L'État du Québec est laïque. »

37. *Ibid.*, art. 2.

38. *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, *supra*, note 11.

33³⁹ et 34⁴⁰ sont des clauses de dérogation qui, respectivement, par un renvoi à l'article 52 de la *Charte québécoise*⁴¹ et à l'article 33 de la *Charte canadienne*⁴², ont pour effet de soustraire cette loi à un contrôle judiciaire fondé sur certaines dispositions des chartes, comme, par exemple, les articles 3 et 10 de la *Charte québécoise* et 2 et 15 de la *Charte canadienne*, protégeant l'expression libre et égalitaire de sa religion et de sa culture par des signes distinctifs⁴³.

343. Dans la décision *Hak c. Procureur général* rendue par la Cour supérieure le 20 avril 2021⁴⁴, le juge Marc-André Blanchard, dans un long argumentaire de 242 pages, répond aux diverses revendications présentées. En vertu de deux articles de la *Charte canadienne*, l'article 23⁴⁵ et

39. *Loi sur la laïcité de l'État*, art. 33 : « La présente loi ainsi que les modifications qu'elle apporte à la *Loi favorisant la neutralité religieuse de l'État* et visant notamment à encadrer les demandes d'accommodements pour un motif religieux dans certains organismes s'appliquent malgré les articles 1 à 38 de la Charte des droits et libertés de la personne (chapitre C-12). »

40. *Ibid.*, art. 34 : « La présente loi ainsi que les modifications qu'elle apporte par son chapitre V ont effet indépendamment des articles 2 et 7 à 15 de la *Loi constitutionnelle de 1982* (annexe B de la Loi sur le Canada, chapitre 11 du recueil des lois du Parlement du Royaume-Uni pour l'année 1982). »

41. *Charte des droits et libertés de la personne*, R.L.R.Q., c. C-12 (ci-après « *Charte québécoise* »), art. 52 : « Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte. »

42. *Charte canadienne*, art. 33 : « Dérogation par déclaration expresse (1) Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte. Effet de la dérogation (2) La loi ou la disposition qui fait l'objet d'une déclaration conforme au présent article et en vigueur a [sic] l'effet qu'elle aurait sauf la disposition en cause de la charte. Durée de validité (3) La déclaration visée au paragraphe (1) cesse d'avoir effet à la date qui y est précisée ou, au plus tard, cinq ans après son entrée en vigueur. Nouvelle adoption (4) Le Parlement ou une législature peut adopter de nouveau une déclaration visée au paragraphe (1). Durée de validité (5) Le paragraphe (3) s'applique à toute déclaration adoptée sous le régime du paragraphe (4). »

43. Alexandre Morin, « Charte canadienne : application et structure d'une cause », 2011, par. [75] et [76] « La clause de dérogation [...] permet au Parlement fédéral ou à une législature provinciale de soustraire une loi au contrôle judiciaire fondé sur certaines dispositions de la Charte [comme le droit fondamental à la liberté de religion] [...]. Cette clause de dérogation doit être explicite : le législateur doit inclure un article dans sa loi qui dit que celle-ci, ou certaines de ses dispositions, s'applique nonobstant les dispositions de la Charte canadienne [ou de la Charte québécoise] [...]. Ensuite, cette disposition doit être réadoptée par le législateur à tous les cinq ans, sinon elle perd tout effet juridique. »

44. *Hak c. Procureur général*, 2021 QCCS 1466.

45. *Charte canadienne*, art. 23 : « Langue d'instruction (1) Les citoyens canadiens : a) dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident, b) qui ont reçu leur instruction, au niveau primaire, en français ou en anglais au Canada et qui résident dans une province où la langue dans laquelle ils ont reçu cette instruction est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province, ont, dans l'un

l'article 3⁴⁶, non visés par les clauses dérogatoires, il déclare inopérantes certaines dispositions de la *Loi sur la laïcité de l'État*.

344. Par une interprétation large de l'article 23 de la *Charte canadienne*, le juge de première instance affirme que les établissements d'enseignement des minorités anglophones ou francophones des provinces canadiennes profitent d'un pouvoir de gestion et de contrôle pour assurer le maintien, le développement et l'épanouissement de leur langue et de leur culture. Or, selon lui, plusieurs dispositions de la *Loi sur la laïcité de l'État* entravent le pouvoir de gestion et de contrôle des établissements d'enseignement anglophones du Québec⁴⁷ : elles les empêchent de recruter un corps professoral marqué par « la diversité, tant sociale, ethnique, culturelle que religieuse⁴⁸. »

ou l'autre cas, le droit d'y faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans cette langue. Continuité d'emploi de la langue d'instruction (2) Les citoyens canadiens dont un enfant a reçu ou reçoit son instruction, au niveau primaire ou secondaire, en français ou en anglais au Canada ont le droit de faire instruire tous leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de cette instruction. Note marginale: Justification par le nombre (3) Le droit reconnu aux citoyens canadiens par les paragraphes (1) et (2) de faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de la minorité francophone ou anglophone d'une province: a) s'exerce partout dans la province où le nombre des enfants des citoyens qui ont ce droit est suffisant pour justifier à leur endroit la prestation, sur les fonds publics, de l'instruction dans la langue de la minorité; b) comprend, lorsque le nombre de ces enfants le justifie, le droit de les faire instruire dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics.»

46. *Ibid.*, art. 3 : « Tout citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales. »

47. *Hak c. Procureur général*, supra note 44, par. [1137], [1138], [1139], [1140] : « ACCUEILLE en partie la demande; DÉCLARE que le premier alinéa de l'article 4, les articles 6, 7, 8, 10, le premier et le deuxième alinéa de l'article 12, les articles 13, 14 et 16, lus en conjonction avec le paragraphe 7 de l'annexe I, le paragraphe 10 de l'annexe II et le paragraphe 4 de l'annexe III de la *Loi sur la laïcité de l'État* [...] violent l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*; DÉCLARE que ces violations ne peuvent se justifier aux termes de l'article 1^{er} de la *Charte canadienne des droits et libertés*; DÉCLARE inopérants le premier alinéa de l'article 4, les articles 6, 7, 8, 10, le premier et le deuxième alinéa de l'article 12, les articles 13, 14 et 16, lus en conjonction avec le paragraphe 7 de l'annexe I, le paragraphe 10 de l'annexe II et le paragraphe 4 de l'annexe III de la *Loi sur la laïcité de l'État* [...] en vertu de l'article 52 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour toute personne, tant physique que morale, qui peut bénéficier des garanties prévues à l'article 23 de cette même Charte [...]. »

48. *Ibid.*, par. [983] à [985] et [989] : « [s]ans nier ni diminuer le fait que la reconnaissance de la diversité culturelle et religieuse existe et se trouve valorisée dans le système d'éducation public francophone, le Tribunal doit constater que la preuve non contredite permet de conclure que les commissions scolaires anglophones et leurs enseignants.es ou directeurs.trices accordent une importance particulière à la reconnaissance et célébration de la diversité ethnique et religieuse [...]. En effet, la preuve révèle que plusieurs commissions scolaires anglophones, telles qu'on les connaît encore sous ce vocable, possèdent des politiques qui reconnaissent l'importance de la reconnaissance de la diversité, tant sociale, ethnique, culturelle que religieuse [...]. Pour le Tribunal, il ne fait aucun doute que la diversité des appartenances culturelles et religieuses

345. En outre, selon le juge Blanchard, en retirant à toute personne qui couvre son visage la possibilité réelle de se présenter à une élection et de siéger à l'Assemblée nationale⁴⁹, l'article 8 alinéa 1 de la *Loi sur la laïcité de l'État* lu en conjonction avec le premier paragraphe de l'annexe III contrevient à l'article 3 de la *Charte canadienne*⁵⁰ qui, à défaut d'une preuve approfondie en vertu de l'article 1^{er} de la *Charte canadienne*, ne peut se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique⁵¹. En revanche, selon le juge Blanchard, il n'en est pas de même pour l'article 6 de la *Loi sur la laïcité de l'État* lu en conjonction avec les paragraphes 1 et 6 de l'annexe II interdisant au président et aux vice-présidents de l'Assemblée nationale, tout comme au ministre de la Justice et procureur général, de porter des signes religieux. D'après l'analyse juridique du juge,

[l']effet de la [*Loi sur la laïcité de l'État*] entraîne inéluctablement que la personne élue portant un vêtement lui couvrant le visage ne pourra jamais siéger. Il n'en va pas de même directement pour tout député qui aspire à devenir président ou vice-président de l'Assemblée nationale ou ministre de la Justice et procureur général. En effet, une personne qui aspire à remplir ces fonctions doit recevoir l'aval d'une majorité de membres de l'Assemblée nationale pour occuper les premières fonctions, alors que l'autre relève du bon vouloir du premier ministre.

participe à l'élaboration de programmes didactiques qui visent à bonifier l'éducation interculturelle et que la participation réelle de personnes représentant ces différentes appartenances constitue un atout, non seulement pour l'élève, mais également pour le corps professoral.»

49. *Ibid.*, par. [920]: «[e]xprimé autrement, on peut dire qu'on voit mal comment le fait d'empêcher une personne élue qui porte le niqab, par exemple, de siéger à l'Assemblée nationale ne peut pas constituer, *de facto*, une violation du droit de se présenter à une élection provinciale. En agissant ainsi, on se trouverait à obvier de façon patente à la finalité recherchée par l'article 3 de la Charte canadienne.»
50. *Ibid.*, par. [1128], [1129], [1130], [1131]: «[...] accueille en partie la demande; déclare que le premier paragraphe de l'Annexe III de la *Loi sur la laïcité de l'État* [...], lu en conjonction avec le premier alinéa de l'article 8 de cette même loi, viole l'article 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*; déclare que cette violation ne peut se justifier aux termes de l'article 1^{er} de la *Charte canadienne des droits et libertés*; déclare inopérant le premier paragraphe de l'Annexe III de la *Loi sur la laïcité de l'État* [...] en vertu de l'article 52 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [...].»
51. *Ibid.*, par. [921]: «[c]omme le PGQ ne présente aucune preuve ou démonstration en vertu de l'article 1^{er} de la Charte canadienne, le Tribunal doit donc déclarer que l'effet conjugué du premier alinéa de l'article 8 de la Loi 21 et du premier paragraphe de l'annexe III de la Loi 21 viole l'article 3 de la Charte canadienne d'une façon injustifiable et il doit déclarer ce premier paragraphe de l'annexe III de la Loi 21 inopérant en fonction de l'article 52 de la Charte.»

On peut affirmer que le fait d'occuper ces fonctions relève d'un certain privilège et non d'un droit. Certes, tous et toutes devraient pouvoir occuper ces fonctions, mais cette prohibition ne relève pas, à strictement parler, de l'article 3 de la Charte et de la possibilité même de siéger à l'Assemblée nationale [...]»⁵².

346. Cette décision de première instance a été portée en appel. L'affaire a été examinée par les juges Manon Savard, Yves-Marie Morissette et Marie-France Bich qui ont rendu une imposante décision unanime de 295 pages le 29 février 2024⁵³.

347. Dans leur décision, les trois juges remettent en cause l'analyse juridique du juge Blanchard en lien avec l'article 23 de la *Charte canadienne*. Pour la Cour d'appel, sur le fondement de cet article, la protection des minorités linguistiques implique une prise en considération des éléments de la « culture » qui ont un rapport direct ou au moins une proximité avec la langue⁵⁴. Or, pour les trois juges, l'analyse des éléments de « la “ culture ” particulière qu'on dit véhiculée dans le réseau scolaire de langue anglaise, culture qui favoriserait la diversité, notamment religieuse » ne permet pas de caractériser ce type de rapport⁵⁵.

348. Cependant, au regard de l'article 3 de la *Charte canadienne*, la Cour d'appel confirme la décision du premier juge : l'article 8 alinéa 1 de la *Loi*

52. *Ibid.* par. [890] et [891].

53. *Organisation mondiale sikhe du Canada c. Procureur général du Québec*, 2024 QCCA 254.

54. *Ibid.*, par. [610] et [614] : « Cela ne veut pas dire qu'on ne peut concevoir un lien rationnel entre la langue d'une minorité linguistique visée par l'art. 23 et, entendue au sens fort, la culture de cette minorité, celle qui est imprégnée de sa langue, celle dont la langue est le support même. [...] Ce n'est pas le cas en l'occurrence. On tente plutôt d'agglutiner autour de la notion de « culture » des éléments qui n'ont aucun rapport direct ou même de simple proximité avec la langue. Dans le meilleur des cas pour les parties opposées à la *Loi*, lequel n'est pas démontré, de tels éléments se situent à la grande périphérie de la notion de culture. Sont ainsi introduites devant la Cour des demandes qui, à la lumière de la jurisprudence pertinente, n'ont rien de commun avec les revendications qui, au cours des trente-cinq ou quarante dernières années, furent jugées recevables et fondées dans le cadre de l'art. 23 de la *Charte canadienne*. En d'autres termes, le jugement de première instance prête à l'art. 23 une portée qu'il n'a pas. Ce faisant, il conclut erronément que la *Loi* enfreint cette disposition de la *Charte canadienne*. Il y a donc lieu d'intervenir pour le réformer sur ce point et pour casser son dispositif. [...] »

55. *Ibid.*, par. [607] : « L'argumentaire des parties opposées à la *Loi*, s'il y était donné suite, constituerait artificiellement une pratique, d'ailleurs d'apparition récente, qui n'a strictement rien à voir avec la langue anglaise telle qu'elle est enseignée et utilisée par la minorité linguistique du Québec en milieux scolaires primaire et secondaire. On tente de justifier ce raisonnement, qui tient au mieux de l'extrapolation normative, en invoquant la faculté pour les établissements issus de l'art. 23 de perpétuer et de promouvoir la « culture » particulière qu'on dit véhiculée dans le réseau scolaire de langue anglaise, culture qui favoriserait la diversité, notamment religieuse. [...] »

sur la laïcité de l'État lu en conjonction avec le premier paragraphe de l'annexe III, à la différence de l'article 6 de la *Loi sur la laïcité de l'État* lu en conjonction avec les paragraphes 1 et 6 de l'annexe II, contrevient à l'article 3 de la *Charte canadienne*⁵⁶.

349. Selon les juges, sur le fondement de l'article 1^{er} de la *Charte canadienne*⁵⁷, n'est pas justifié le fait que

[des] personnes qui portent un signe religieux couvrant leur visage (c.-à-d., dans le contexte sociologique actuel, les quelques femmes musulmanes qui portent le niqab ou la burqa par conviction religieuse) [puissent être] privées du droit de «jouer un rôle significatif dans le processus électoral [...]». [R]ien ne leur sert d'être candidates à une élection si elles ne peuvent concrètement, par la suite, exercer les fonctions découlant de cette élection vu l'obligation de retirer leur couvre-visage⁵⁸.

350. Toutefois, selon la Cour d'appel, ne relèvent pas de la protection de l'article 3 de la *Charte canadienne* «les nominations au sein du cabinet fédéral et des conseils exécutifs provinciaux ou encore au processus d'élection du président ou des vice-présidents des assemblées législatives⁵⁹.» En effet,

[r]ien ne permet de conclure que le droit de se porter candidat aux élections et de siéger comme député inclut celui d'être nommé au sein du Conseil exécutif (sur recommandation du premier ministre) ou celui d'être élu à la présidence ou à la vice-présidence de l'Assemblée nationale par les députés. Cette nomination et cette «élection» ne sont pas le fruit de l'exercice du droit de vote des

56. *Ibid.*, par. [8]: «[L]art. 6 et les paragraphes 1^o et 6^o de l'annexe II de la *Loi* (interdiction du port de signes religieux pour les présidents/vice-présidents de l'Assemblée nationale et le ministre de la Justice) n'enfreignent pas l'art. 3 de la *Charte canadienne* (éligibilité aux élections législatives); l'art. 8 al. 1 de la *Loi*, dans son application aux personnes que vise le premier paragraphe de l'annexe III de ladite loi (obligation du visage découvert dans l'exercice des fonctions des membres de l'Assemblée nationale), porte atteinte aux droits que consacre l'art. 3 de la *Charte canadienne*, sans justification au sens de l'article premier de celle-ci, et doit par conséquent être déclaré inopérant en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.»

57. *Ibid.*, par. [685]: «Bref, au vu des faits de l'espèce et de l'absence totale de preuve ou même d'observations de la part du PGQ pour justifier l'atteinte à l'art. 3 de la *Charte canadienne*, la Cour ne peut entreprendre de son propre chef une analyse fondée sur l'article premier. Conséquemment, il y a lieu de conclure à une absence de justification de l'atteinte à l'art. 3 de la *Charte canadienne*. Le juge de première instance ne commet conséquemment aucune erreur lorsque, en vertu de l'art. 52 de la *LC 1982*, il déclare inopérant l'art. 8 al. 1 de la *Loi*, dans son application aux personnes que vise le premier paragraphe de l'annexe III de ladite loi.»

58. *Ibid.*, par. [676].

59. *Ibid.*, [693].

citoyens, mais résultent de décisions prises par des tiers (le premier ministre et l'ensemble des députés)⁶⁰.

351. Enfin, en lien avec l'analyse de l'article 3 de la *Charte canadienne*, il est intéressant de noter une remarque importante des juges qui reconnaissent que l'Assemblée nationale pourrait être titulaire d'un privilège parlementaire échappant au contrôle judiciaire. Une telle conclusion peut être déduite lorsque la Cour d'appel affirme que

[...] si l'Assemblée nationale estime être titulaire d'un privilège parlementaire lui permettant d'exiger que ses membres participent aux travaux parlementaires à visage découvert ou sans signes religieux pour les Parlementaires visés ou, au contraire, de les dispenser de toute restriction à cet égard, elle pourra voir à faire le nécessaire pour en faire reconnaître l'existence⁶¹.

352. Dans cette décision, la Cour d'appel envisage aussi de nouveau des arguments qui avaient été discutés en première instance et rejetés par le juge Blanchard.

353. Il en est ainsi de la validité constitutionnelle des exercices de dénombremments pratiqués par le Ministère de l'éducation avant l'adoption de la loi « pour déterminer, de manière anonyme, le nombre [des] employés [des commissions scolaires] portant un signe religieux de même que le nombre et la nature des demandes d'accommodement qu'elles ont reçues sur la base de motifs religieux, linguistiques ou ethnoculturels⁶². » Pour la Cour d'appel, comme pour le juge de première instance, la preuve ne permet pas d'établir

60. *Ibid.*

61. *Ibid.* par. [652]. Voir aussi *ibid.* par. [633] : « Le privilège parlementaire a pour objet d'assurer le respect de la séparation constitutionnelle des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire et, à ce titre, bénéficie d'un statut constitutionnel. Il assure à la législature « l'autonomie requise pour "s'acquitter de ses fonctions constitutionnelles", à savoir ses fonctions législative, délibérative et de contrôle du gouvernement ». Voici comment la juge Karakatsanis, pour la majorité, résume ces enseignements dans la décision *Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, [2018] 2 R.C.S. 687, par [1] : « Au Canada, les organes législatifs disposent de privilèges parlementaires inhérents qui découlent de leur nature et de leur fonction au sein d'une démocratie parlementaire basée sur le modèle du Parlement de Westminster. En protégeant certains domaines d'activité législative d'une révision externe, le privilège parlementaire contribue à maintenir la séparation des pouvoirs. [...] » *Ibid.*, par. [635] : « Cette immunité contre la révision judiciaire qu'assure le privilège parlementaire est une composante importante de notre structure constitutionnelle et s'étend « même sur le plan de la conformité avec la *Charte* ». La *Charte canadienne* et le privilège parlementaire ont le même statut et le même poids sur le plan constitutionnel. Ainsi, en cas de conflit entre le privilège et la *Charte canadienne*, il faut chercher à les concilier. »

62. *Organisation mondiale sikhe du Canada c. Procureur général du Québec*, *supra* note 53, par. [699].

que ces exercices dérogent à une norme constitutionnelle ou législative, notamment au droit des employés à l'exercice égalitaire de leur religion et de leur culture⁶³.

354. Il en est aussi de même des arguments s'efforçant d'élargir l'architecture constitutionnelle canadienne en y intégrant des textes écrits pré-confédéraux comme l'*Acte de Québec* de 1774⁶⁴, l'*Acte constitutionnel de 1791*⁶⁵, la *Loi Hart*⁶⁶ et la *Loi sur les rectoreries*⁶⁷ pour fonder un droit d'accès aux institutions publiques, quelle que soit sa religion. Pour la Cour d'appel, comme pour la Cour supérieure, ces textes ne sont plus en vigueur et n'ont aucune valeur constitutionnelle à l'époque contemporaine⁶⁸.

355. Sont également écartés les motifs voulant que la *Loi sur la laïcité de l'État* soit incompatible avec le principe non écrit de la primauté du droit en raison de ses imprécisions, tout particulièrement celles en lien avec la définition de « signes religieux »⁶⁹. Pour la Cour d'appel, une telle conclusion

63. *Ibid.*, par. [8] et [701]: « Tout en concluant que ces exercices de dénombrement ont pu générer un sentiment de stigmatisation chez les membres de communautés religieuses minoritaires, et principalement chez les femmes musulmanes désireuses de porter le hijab (constat que la preuve, notons-le, ne soutient pas, sinon par l'existence d'une réaction rétrospective entretenue par la conviction de l'illégitimité de la *Loi*), le juge de première instance rejette néanmoins la demande de la FAE à cet égard. [...] [Selon lui], le fait de s'enquérir du nombre [que les personnes portant un signe religieux] représentent peut assurément servir un but légitime de l'État. Dans certains cas, il faudra peut-être débusquer les intentions réelles de l'État qui pourrait les cacher sous de faux semblants. »

64. *Acte qui règle plus solidement le Gouvernement de la Province de Québec dans l'Amérique Septentrionale* (R.-U.), 1774, 14 Geo. III, c. 83, reproduit dans L.R.C. 1985, annexe II, n°2.

65. *Acte constitutionnel de 1791*, (R.U.), 1791, 31 Geo. III, c. 31, reproduit dans L.R.C. 1985, annexe II, n°3.

66. *Acte pour déclarer que les Personnes qui professent le Judaïsme ont le bénéfice de tous les droits et privilèges des autres sujets de Sa Majesté en cette Province*, (B.-Can.), 1832, 1 Guil. IV, c. 56-57.

67. *Acte pour abroger cette partie de l'Acte du Parlement de la Grande-Bretagne passé dans la trente-unième année du règne du Roi George Trois, chapitre trente-un, qui se rapporte aux Rectoreries et à la nomination des titulaires à icelles, et pour d'autres fins liées aux dites Rectoreries*, (Can.), 1852, 14 & 15 Vict., c. 175.

68. *Organisation mondiale sikhe du Canada c. Procureur général du Québec*, supra note 53, par. [193]: « [t]enant de démontrer que la *Loi* déroge à l'architecture constitutionnelle en limitant l'accès aux institutions publiques, les opposants à la *Loi* invoquent d'abord le "texte écrit de la Constitution". Dans cette lignée et sur ce point, ils plaident que leur prétention trouve une assise dans l'*Acte de Québec*, l'*Acte constitutionnel de 1791*, la *Loi Hart* et la *Loi sur les rectoreries*, autant de composantes de la Constitution selon eux. La question de l'effet supralégislatif de ces lois a déjà été vidée dans les pages qui précèdent et nous ne pouvons que réitérer ici qu'aucune de ces lois (et rien non plus dans le texte de la Constitution actuellement en vigueur) ne permet de faire droit à l'argument ainsi formulé par eux. »

69. *Ibid.*, par. [197]: « [l]es opposants à la *Loi* font valoir dans ce registre que l'imprécision des dispositions de la *Loi* (en particulier pour ce qui concerne la définition de "signe religieux" à

ne peut être retenue : au regard de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, la *Loi sur la laïcité de l'État* constitue « un guide suffisant pour un débat judiciaire⁷⁰. »

356. Pour finir, tout en affirmant que cette loi est « valide au regard du partage des compétences déterminé par la *Loi constitutionnelle de 1867*⁷¹ », il est important de noter que la Cour d'appel, à partir de l'analyse de la décision *Ford c. Québec (Procureur général)*⁷², reconnaît une large portée aux clauses dérogatoires. En insistant sur le principe de la séparation des pouvoirs, tant du judiciaire par rapport au législatif⁷³ que du législatif par rapport au judiciaire⁷⁴ mais aussi en rappelant le principe de la souveraineté parlementaire d'où procèdent les clauses dérogatoires⁷⁵, elle conclut que, dans la mesure où les conditions de forme requises par l'article 33 de la

l'art. 6 de la *Loi*) la rendent déficiente sous ce rapport et justifient qu'elle soit déclarée invalide en raison de son incompatibilité avec le principe non écrit de la primauté du droit. »

70. *Ibid.*, par. [200] : « [à] la lecture de l'art. 6 de la *Loi*, ou des autres extraits de celle-ci mentionnés par ses opposants, il est impossible de soutenir qu'ils ne constituent pas "un guide suffisant pour un débat judiciaire". Ce débat judiciaire permettra le moment venu de départager les thèses en présence sur la portée de la *Loi* et d'arrêter une interprétation ferme des dispositions en question. Reprocher à la *Loi* de ne pas déjà expliciter à l'avance ce qui ressortira de ce processus d'interprétation, c'est attendre d'elle quelque chose qu'aucune loi n'est en mesure de livrer. Cela réfute l'argument fondé ici sur l'imprécision de la *Loi*. »
71. *Ibid.*, par. [8].
72. *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712.
73. *Organisation mondiale sikhe du Canada c. Procureur général du Québec*, *supra* note 53, par. [55] renvoyant, notamment, « aux principes constitutionnels non écrits de l'indépendance de la magistrature ». »
74. *Ibid.*, par. [228] : « [u]n dernier mot sur l'art. 33 de la *Charte canadienne*. Il faut rappeler que cet article se présente comme le fruit d'un compromis fédéral-provincial (à l'exception du Québec) dans le cadre du processus ayant mené au rapatriement de la Constitution en 1982. Comme tous le savent, la décision d'y enchâsser une charte des droits et libertés a fait l'objet de nombreuses discussions, voire dissensions, au sein de la conférence des premiers ministres en 1980-1981. Pour certains, l'idée que les tribunaux judiciaires puissent mettre de côté des lois adoptées par le Parlement ou les législateurs provinciaux, dans la mesure où elles violeraient des droits et libertés garantis par une telle charte, était source d'inquiétude et de réticence. On craignait que le pouvoir judiciaire usurpe ou neutralise le pouvoir législatif exercé par une assemblée élue, allant ainsi à l'encontre du principe de la souveraineté parlementaire. La proposition d'introduire un pouvoir de dérogation réservé au Parlement et aux législatures provinciales se voulait être le "contrepois" de l'élargissement de la portée du contrôle judiciaire découlant de la constitutionnalisation des droits et libertés. »
75. *Ibid.*, par. [238] : « [...] [L]e pouvoir de dérogation de l'art. 52 de la *Charte québécoise*, tout comme celui de l'art. 33 de la *Charte canadienne*, repose sur le principe de la souveraineté parlementaire en ce que les deux dispositions permettent d'assurer que le législateur, et non les tribunaux, ait le dernier mot en certaines matières. Au même titre que l'art. 33 de la *Charte canadienne*, le recours à l'art. 52 fait échec à une déclaration judiciaire d'inopérabilité qui pourrait autrement être prononcée. »

Charte canadienne et l'article 52 de la *Charte québécoise* ont été respectées⁷⁶, la *Loi sur la laïcité de l'État* échappe, même de manière théorique⁷⁷, à un contrôle judiciaire de sa conformité avec les articles 2 et 7 à 15 de la *Charte canadienne* ainsi qu'avec les articles 1 à 38 de la *Charte québécoise*. D'ailleurs, comme ces articles sont écartés par les clauses dérogoires, l'article 28 de la *Charte canadienne*⁷⁸ et l'article 50.1 de la *Charte québécoise*⁷⁹ garantissant les libertés et droits fondamentaux également aux femmes et aux hommes ne peuvent être invoqués pour faire reconnaître le « traitement discriminatoire, c'est-à-dire distinctif et préjudiciable, [que la *Loi sur la laïcité de l'État*] imposerait aux femmes, et principalement aux femmes musulmanes⁸⁰. » En

76. *Ibid.*, par. [248], [249] et [250]: « Or, comme le retient à juste titre le juge de première instance, la Cour suprême, dans l'arrêt *Ford*, conclut qu'une telle déclaration, même dans une loi *omnibus*, constitue un exercice légitime du pouvoir de dérogation conféré par l'art. 33 de la *Charte canadienne*, celui-ci n'établissant que des conditions de forme. Le passage de cet arrêt repris par le juge au par. 724 de ses motifs ne comporte aucune ambiguïté à ce sujet. Selon la Cour suprême, l'art. 33 exige simplement "que la déclaration dérogoire dise expressément qu'une loi ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'art. 2 ou des art. 7 à 15 de la *Charte*". Une telle déclaration, ajoute-t-elle, sera suffisamment explicite "si elle mentionne le numéro de l'article, du paragraphe ou de l'alinéa de la *Charte* qui contient la disposition ou les dispositions auxquelles on entend déroger". "Il n'y a aucune raison d'exiger davantage en vertu de l'art. 33", écrit-elle. La Cour suprême précise que l'examen judiciaire de l'exercice du pouvoir de dérogation consacré par l'art. 33 de la *Charte canadienne* est strictement limité à l'analyse des conditions de *forme* que prévoit cet article. Dans le passage cité *in extenso* par le juge de première instance au par. 724 de son jugement, la Cour suprême écrit entre autres: "L'article 33 établit des exigences de forme seulement et il n'y a aucune raison d'y voir la justification d'un examen au fond de la politique législative qui a donné lieu à l'exercice du pouvoir dérogoire dans un cas donné." »

77. *Ibid.*, par. [403] et [404]: « En conséquence, la Cour ne se prononcera pas sur la conformité de la *Loi* aux art. 2 et 15 de la *Charte canadienne* et aux art. 3 et 10 de la *Charte québécoise*. Par l'effet de ses art. 33 et 34, respectivement fondés sur les art. 52 de la seconde et 33 de la première, la *Loi* est en effet soustraite à l'application des dispositions précitées et au contrôle judiciaire de sa conformité à celles-ci. De toute façon, et subsidiairement, la question de savoir si la *Loi* enfreint les libertés de religion et d'expression ou le droit à l'égalité est une question théorique dans la mesure où la reconnaissance d'une contravention n'est pas de nature à entraîner quelque conséquence juridique pratique: la *Loi* continuerait de s'appliquer même en cas d'entorse. Qui plus est, les conditions qui permettent à un tribunal de répondre à une question malgré son caractère théorique ne sont pas réunies en l'espèce, la Cour n'ayant pas en main les éléments qui lui sont nécessaires pour statuer en toute connaissance de cause. »

78. *Charte canadienne*, art. 28: « Indépendamment des autres dispositions de la présente charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes. »

79. *Charte québécoise*, art. 50.1: « Les droits et libertés énoncés dans la présente Charte sont garantis également aux femmes et aux hommes. »

80. *Organisation mondiale sikhe du Canada c. Procureur général du Québec*, *supra* note 53, par. [422].

effet, ces deux articles, de nature interprétative, sont sans assise si les articles garantissant les libertés et droits fondamentaux sont inopérants⁸¹.

357. La commission scolaire English-Montréal a porté l'affaire devant la Cour suprême du Canada⁸² qui, le 23 janvier 2025, a accepté d'entendre la contestation de la *Loi sur la laïcité de l'État*.

358. Dans la décision à venir de la haute cour, le contenu et les contours des clauses de dérogation de la *Loi sur la laïcité de l'État* seront certainement précisés. La portée large que la Cour d'appel leur a reconnue sur le fondement de l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*⁸³ y sera certainement discutée. Dans la mesure où les conditions de forme des clauses dérogoires ont été respectées, des lois adoptées par le Parlement ou les législateurs provinciaux peuvent-elles, pendant au moins cinq ans, déroger à des libertés et droits fondamentaux de la personne? Une telle dérogation, sans contrôle judiciaire, est-elle justifiable dans une société libre et démocratique contemporaine? La décision de la Cour suprême du Canada permettra certainement d'envisager ces questionnements constitutionnels majeurs.

359. Au travers de ce contentieux, sera sans doute également considérée la difficile question de la neutralité d'apparence des représentants de l'État. Dans sa décision, sur cette question, la Cour d'appel semble inviter à respecter le principe de la séparation des pouvoirs et à distinguer strictement le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire au sein de l'État.

81. *Ibid.*, par. [505]: « En somme, et pour conclure, l'art. 28 a une vocation interprétative et fait partie des éléments qui doivent être considérés lorsque les tribunaux se penchent sur le sens, la portée et l'application des art. 2 à 23. L'art. 28 se trouve ainsi intégré implicitement dans chacun des art. 2 à 23, comme s'il constituait un alinéa ou un paragraphe s'ajoutant à toutes ces dispositions. Or, dans la mesure où l'art. 33 permet expressément au législateur de déroger aux art. 2 et 7 à 15, il se trouve à permettre d'y déroger également sous ce rapport. Le par. 33(1) ne comporte en effet aucune limite à cet égard. Autrement dit, une fois que les droits garantis par les art. 2 et 7 à 15 de la *Charte canadienne* ne le sont plus en raison de la dérogation prise en vertu de l'art. 33, l'art. 28, privé d'assise, ne peut y suppléer en ce qui concerne l'égalité des sexes. »

82. Voir Tommy Chouinard, «Loi 21 sur la laïcité de l'État. English-Montreal va à la Cour suprême, Québec charge Ottawa», 11 avril 2024, en ligne: « Nous maintenons notre position initiale selon laquelle le projet de loi 21 entre en conflit avec nos valeurs et notre mission et avec celles de tous les Québécois telles qu'exprimées dans la Charte québécoise des droits et libertés », a affirmé le président de la Commission scolaire English-Montréal, Joe Ortena. L'interdiction du port de signes religieux « empêche la CSEM d'embaucher des enseignants, y compris des professeurs de français, dans un contexte de pénurie d'enseignants. Plus important encore, cela renvoie un message d'intolérance et d'exclusion à nos étudiants et à leurs familles. » [...] Après la décision de la Cour d'appel à la fin février, le premier ministre Justin Trudeau a confirmé que le gouvernement fédéral interviendra si la Cour suprême entend la cause [...]. »

83. *Ford c. Québec (Procureur général)*, supra note 72.

Dans cette perspective, la Cour suprême se demandera peut-être si un directeur, un directeur adjoint ou un enseignant d'un établissement d'enseignement public participe du pouvoir exécutif de l'État québécois et si, de ce fait, le port de signes religieux doit leur être interdit.

360. Dans sa décision, la Cour suprême du Canada sera sans doute amenée à positionner la *Loi sur la laïcité de l'État* par rapport aux deux axes d'analyse développés jusqu'à maintenant dans la jurisprudence canadienne.

361. Dans un premier axe d'analyse, pour assurer un espace public participatif et inclusif, cette jurisprudence affirme une nécessaire distinction entre les institutions et les individus. Dans la décision *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, la position majoritaire a ainsi pu déclarer que, dans la perspective multiculturelle canadienne, un « [...] espace public neutre ne signifie pas l'homogénéisation des acteurs privés qui s'y trouvent. La neutralité est celle des institutions et de l'État, non celle des individus⁸⁴ ».

362. De ce fait, au Canada, les usagers des services publics ne peuvent être assujettis à une neutralité d'apparence. À première vue, elle ne les concerne pas.

363. Dans certains contextes, le port de signes religieux ou culturels peut toutefois être limité, dans la mesure où, conformément à l'article 1^{er} de la *Charte canadienne*, comme nous l'avons vu dans le premier chapitre, il s'agit d'une limitation qui est raisonnable et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

364. Pour rappel, dans la décision *R. c. N.S.*⁸⁵, la juge en chef McLachlin a pu considérer que le port d'un niqab qui voile le visage d'une femme témoin à l'exception de ses yeux peut être encadré dans l'enceinte d'un tribunal et connaître certaines limitations. Néanmoins, dans sa décision, la juge a considéré que, dans un tel cas, une démarche circonstancielle et proportionnée doit alors être suivie pour justifier la limitation à l'expression religieuse et culturelle d'un témoin :

[u]ne réponse laïque [(a *secular response* en anglais)⁸⁶] obligeant les témoins à laisser de côté leur religion à l'entrée de la salle d'audience est incompatible

84. *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, *supra* note 11, par. [74].

85. *R. c. N.S.*, [2012] 3 R.C.S. 726.

86. Dans la traduction en français des décisions de la Cour suprême du Canada, les termes « laïc, laïque » ou « laïcité » sont traduits par « *secular* » ou « *secularity* ». On peut s'interroger sur la

avec la jurisprudence et la tradition canadienne, et restreint la liberté de religion là où aucune limite n'est justifiable. Par contre, répondre que le témoin peut toujours déposer à visage voilé pourrait rendre un procès inéquitable et entraîner une déclaration de culpabilité injustifiée. Il faut plutôt adopter une démarche qui, en cas de conflit, met en équilibre les droits fondamentaux protégeant la liberté de religion et l'équité du procès. Les tribunaux canadiens ont depuis longtemps pour pratique de respecter les convictions religieuses des témoins et de s'y adapter, à moins que ces convictions ne posent un risque considérable ou sérieux pour l'équité du procès. La *Charte canadienne des droits et libertés*, qui protège à la fois la liberté de religion et le droit à un procès équitable, n'exige rien de moins⁸⁷.

365. Dans cette décision, il est aussi important de rappeler la position dissidente du juge LeBel. De manière plus stricte, il considérerait qu'il existait des valeurs communes, au fondement de la société libre et démocratique canadienne, qui justifiaient une interdiction claire de porter le niqab dans une salle d'audience. Selon lui :

[c]es valeurs communes sont celles qui ont permis au Canada de se développer et de former une société diversifiée. Elles préservent un espace public où tous sont les bienvenus tels qu'ils sont, mais où certaines valeurs communes fondamentales favorisent l'interaction entre tous les membres de notre société. [...]

[Le] procès [est] un acte de communication avec le grand public. Ce dernier doit être en mesure de voir comment fonctionne le système de justice. Le principe de la publicité démontre que les tribunaux et le procès appartiennent à tous, peu importe la religion, le sexe ou les origines de chacun [...].

Une interdiction claire de porter le niqab respecterait le principe de la publicité du procès et préserverait l'intégrité de celui-ci en tant qu'acte de communication. Cette interdiction s'accorderait également avec la tradition selon laquelle la justice est rendue publiquement et accessible à tous les membres de notre société démocratique. L'interdiction devrait s'appliquer à tous les stades d'une instance criminelle, à l'enquête préliminaire comme au procès lui-même [...].⁸⁸

pertinence de cette traduction qui peut porter à confusion. En effet, la laïcité correspond à un modèle spécifique d'appréhension politique et juridique du pluralisme religieux qui repose sur des valeurs bien particulières. La notion de laïcité est différente de celle de sécularité qui est plus descriptive. Elle envisage un État avec des institutions distinguées ou séparées des religions.

87. R. c. N.S., *supra* note 85, par. [2].

88. *Ibid.*, par. [71], [76] et [78].

366. Dans le cadre du multiculturalisme canadien, il est donc possible d'envisager qu'un usager du service public puisse être contraint de se présenter à visage découvert.

367. C'est très certainement dans cette perspective que l'article 8 de la *Loi sur la laïcité de l'État* cherche à s'inscrire, en affirmant, dans ses alinéas 2 et 3, qu'

[...] une personne qui se présente pour recevoir un service par un membre du personnel d'un organisme doit avoir le visage découvert lorsque cela est nécessaire pour permettre la vérification de son identité ou pour des motifs de sécurité. La personne qui ne respecte pas cette obligation ne peut recevoir le service qu'elle demande, le cas échéant.

Pour l'application du deuxième alinéa, une personne est réputée se présenter pour recevoir un service lorsqu'elle interagit ou communique avec un membre du personnel d'un organisme⁸⁹ dans l'exercice de ses fonctions.

368. Toutefois, en raison de l'approche circonstancielle et proportionnée envisagée par la juge en chef McLachlin dans la décision *R. c. N.S.*⁹⁰, la constitutionnalité de cet article 8 peut tout de même être interrogée. Même si, dans sa formulation, il se limite aux services publics où l'utilisateur doit laisser voir son visage pour la vérification de son identité ou pour des motifs de sécurité, sa portée, en ne permettant pas un ajustement à la spécificité de chaque contexte, demeure tout de même trop large. L'article 8 de *Loi sur la laïcité de l'État* s'applique à tout usager ou à toute usagère, qui « interagit ou communique avec un membre du personnel d'un organisme », ce qui, *a priori*, concerne la plupart des services publics rendus. En outre, la plupart de ces services n'impliquent-ils pas, par principe, une vérification de l'identité de l'utilisateur? La limitation de la portée de l'article 8 alinéa 2 de la *Loi sur la laïcité de l'État* semble, dès lors, très incertaine. Enfin, les services de santé entrent-ils dans le champ d'application de l'article 8? Une femme portant le voile intégral pourrait-elle se voir refuser des soins de santé, au motif que son visage est couvert?

89. *Loi sur la laïcité de l'État*, art. 7: « Pour l'application du présent chapitre, on entend par "membre du personnel d'un organisme" un membre du personnel d'un organisme énuméré à l'annexe I ainsi qu'une personne mentionnée à l'annexe III qui est assimilée à un tel membre. » Sont, par exemple, des organismes, les ministères, les municipalités, les établissements publics visés par la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, c. S-4.2, les centres de la petite enfance, les bureaux coordonnateurs de la garde en milieu familial et les garderies subventionnées visés par la *Loi sur les services de garde éducatifs à l'enfance*, c. S-4.1.1.

90. *Supra*, note 85.

369. Dans un deuxième axe d'analyse, en ce qui concerne les représentants de l'État, la jurisprudence fédérale canadienne, de manière large, se montre généralement favorable à l'expression de leur religion par des signes extérieurs. C'est le cas notamment dans l'affaire *Grant*⁹¹ où le droit des officiers sikhs de la Gendarmerie Royale du Canada (GRC) de porter des signes propres à leur religion a été reconnu.

370. Dans cette affaire, d'anciens agents de la GRC s'opposaient aux modifications apportées à un règlement qui encadrait l'uniforme distinctif des officiers de la GRC et qui prévoyait de possibles exemptions pour des motifs religieux⁹². C'est en raison de ces modifications que, à Calgary, des membres de la communauté sikhe avaient pu devenir officiers de la GRC tout en portant des signes culturels et religieux, comme un turban.

371. Pour la juge Reed de la Cour fédérale du Canada, cette contestation n'était pas légitime. Ce règlement ne pouvait être déclaré inconstitutionnel⁹³.

372. Tout d'abord, il était conforme à l'article 2a) de la *Charte canadienne* puisqu'un policier avec un turban ne peut être accusé par ce simple trait vestimentaire d'exercer une contrainte prosélyte sur les membres de la population en les forçant à partager ses croyances religieuses.

373. Ce règlement ne portait pas non plus atteinte au droit à la liberté et à la sécurité garanti par l'article 7 de la *Charte canadienne*. En l'espèce, les demandeurs n'avaient pu établir la preuve d'une inconduite des policiers ayant eu pour conséquence de porter atteinte à leur liberté et à leur sécurité⁹⁴.

374. En outre, selon la juge Reed, leur « déclaration voulant que la manifestation visible de la foi religieuse d'un agent sikh, à cause d'une partie

91. Voir *Grant c. Canada (Procureur général)*, [1995] 1 C.F. 158. Cette décision a été confirmée par la Cour d'appel fédérale dans *Grant c. Canada (Procureur général)* (1995) 125 D.L.R. (4th) 556 (C.A.F.). L'autorisation d'appeler a ensuite été refusée par la Cour suprême du Canada : voir n° 234890, 23 juillet 1997.

92. *Règlement de la Gendarmerie royale du Canada*, DORS/88-361, 1988, modifié en mars 1990 : « 64. (1) Sous réserve du paragraphe (2), l'uniforme distinctif de la Gendarmerie, dont le modèle est soumis à l'approbation du ministre, est composé, en plus de tout autre article approuvé par celui-ci, du feutre, de la tunique rouge, de la culotte d'équitation bleue garnie d'une bande jaune sur chaque côté, des bottes brunes Strathcona et des éperons droits. (2) Le commissaire détermine les occasions pour lesquelles les membres doivent porter l'uniforme distinctif visé au paragraphe (1) et peut exempter tout membre du port de tout article de l'uniforme distinctif pour des motifs ayant trait aux croyances religieuses de ce membre. »

93. *Grant c. Canada (Procureur général)*, *supra* note 91, p. 213.

94. *Ibid.*, p. 205.

de son uniforme, suscite une crainte raisonnable de partialité ne se fondait sur aucun élément de preuve concret et réel⁹⁵. » Rien ne permettait d'établir que ces agents de police avaient agi sans être neutres et objectifs, sous la contrainte d'une religion, ce qui aurait alors été contraire aux principes de justice fondamentale. En d'autres termes, il n'était pas possible de déduire qu'ils avaient manqué à leur devoir de neutralité de posture en raison de leur apparence, notamment par le simple fait qu'ils portaient un signe culturel et religieux.

375. Enfin, le règlement restait conforme à l'article 15 de la *Charte canadienne* et ne privilégiait pas les membres de la communauté sikhe par rapport aux autres communautés religieuses. Le règlement visait en fait à encourager le recrutement de minorités dans la GRC en leur proposant une mesure d'accommodement raisonnable⁹⁶.

376. Cette décision traduit bien trois particularités du multiculturalisme canadien.

377. Premièrement, pour s'assurer du caractère inclusif et participatif, tout particulièrement des groupes religieux minoritaires, le port des signes religieux, sur le fondement du droit à la liberté de religion, est permis tant aux usagers des services publics qu'aux représentants de l'État qui les assurent. Deuxièmement, si, dans certaines situations, il y a lieu de limiter l'expression de ce droit, cette restriction sera réalisée de manière pragmatique, au cas par cas, à la suite d'une pondération contextuelle des droits fondamentaux en présence. Enfin, les représentants de l'État, dans l'exercice de leur fonction, profitent d'une présomption d'impartialité que les usagers doivent renverser en établissant, dans les faits de chaque situation particulière, qu'une décision n'a pas été prise par le représentant de l'État de manière neutre et objective.

378. D'ailleurs, il est important de noter que, dans la décision *R. c. S. (R.D.)*, la présomption d'impartialité a été explicitement reconnue aux juges canadiens, tant de nomination fédérale que provinciale, au motif que, dans la plupart des cas, ils demeurent fidèles à l'engagement de leur assermentation de mettre leurs engagements ou préjugés personnels de côté dans l'exercice de leurs fonctions⁹⁷. En outre, en plus d'établir que ce sont les justiciables

95. *Ibid.*

96. *Ibid.*, p. 210-211.

97. *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, par. [116].

qui doivent renverser la présomption d'impartialité d'un juge, la Cour suprême du Canada a aussi considéré que les allégations d'un manquement de neutralité et d'objectivité de la part d'un juge doivent émaner d'une personne raisonnable c'est-à-dire d'une personne rigoureuse et censée⁹⁸, mais aussi informée et renseignée⁹⁹ qui comprend les dynamiques historiques, sociales, politiques et juridiques à l'œuvre dans un litige¹⁰⁰.

379. Certes, la décision *R. c. S. (R.D.)* n'a pas été rendue en lien avec une question de nature religieuse ou culturelle. Elle concernait des problématiques raciales. Toutefois, au regard de l'orientation de la jurisprudence multiculturelle canadienne, il y a tout lieu de penser que, pour le moment, c'est aussi cette jurisprudence qui s'impose en matière religieuse : la partialité d'un juge ne peut se déduire du simple fait qu'il porte un signe religieux. De plus, toute interdiction générale en ce sens pourrait être perçue comme une limitation qui, de manière injustifiée, vient restreindre l'accès à la magistrature à certaines minorités religieuses en les obligeant à choisir entre l'expression de leur identité religieuse singulière et l'exercice d'une fonction au niveau de l'État, dilemme que d'autres croyants ou incroyants n'ont pas nécessairement à vivre¹⁰¹.

98. *Ibid.*, par. [49] : une personne raisonnable ne peut conclure « que les actes d'un juge suscitent une crainte raisonnable de partialité sans une preuve établissant clairement qu'il a indûment fait intervenir son point de vue dans son jugement. »

99. *Ibid.*, par. [38] et [40] : une personne raisonnable sait que « le juge [ne] joue [pas] le rôle d'un figurant neutre; elle exige cependant qu'il fasse preuve d'impartialité lorsqu'il rend justice » et qu'il « procède avec un esprit ouvert à l'examen prudent, détaché et circonspect de la réalité complexe de chaque affaire dont il est saisi. »

100. *Ibid.*, par. [46] et [111] : une personne raisonnable est consciente du contexte historique canadien, notamment du « passé de discrimination dont ont souffert les groupes défavorisés de la société canadienne » et elle « doit de plus être une personne bien renseignée, au courant de l'ensemble des circonstances pertinentes, y compris [...] « des traditions historiques d'intégrité et d'impartialité, et consciente aussi du fait que l'impartialité est l'une des obligations que les juges ont fait le serment de respecter » : *R. c. Elrick*, [1983] O.J. No. 515 (H.C.), par. [14]. Voir aussi *R. c. Stark*, [1994] O.J. No. 406 (QL), par. [74]; *R. c. Lin*, [1995] B.C.J. No. 982 (C.S.), par. [34]. À ceci j'ajouterais que la personne raisonnable est également censée connaître la réalité sociale sous-jacente à une affaire donnée, et être sensible par exemple à l'ampleur du racisme ou des préjugés fondés sur le sexe dans une collectivité donnée. »

101. Selon le sens que le Conseil de la Magistrature choisira de lui donner, c'est en ce sens que pourrait être compris l'article 5 de la *Loi sur la laïcité de l'État*, qui énonce que, dans le respect de l'indépendance judiciaire : « [i]l appartient au Conseil de la magistrature, à l'égard des juges de la Cour du Québec, du Tribunal des droits de la personne, du Tribunal des professions et des cours municipales ainsi qu'à l'égard des juges de paix magistrats, d'établir des règles traduisant les exigences de la laïcité de l'État et d'assurer leur mise en œuvre. »

380. Au regard de la jurisprudence canadienne, plusieurs dispositions de la *Loi sur la laïcité de l'État* en lien avec le devoir de neutralité d'apparence des représentants de l'État posent donc question.

381. Tout d'abord, ce questionnement ne porte pas tant sur la nature des interdictions que sur leur formulation, générale et abstraite. En effet, en droit canadien, dans certaines circonstances et dans certains contextes spécifiques, il est tout à fait possible d'imposer à certains représentants de l'État de ne pas porter des signes religieux, conformément à l'article 6 de la *Loi sur la laïcité de l'État*, ou d'être à visage découvert, comme le prévoit l'article 8 de cette même loi. D'ailleurs, dans le rapport dit Taylor-Bouchard, prônant une laïcité dite « ouverte¹⁰² » :

l'exigence d'une apparence d'impartialité [avait pu être envisagée à l'égard] des juges, des policiers et des gardiens de prison, qui détiennent tous un pouvoir de sanction et même de coercition à l'endroit de personnes qui se trouvent en position de dépendance et de vulnérabilité (le défendeur, le prévenu, le prisonnier)¹⁰³.

382. Or, dans la *Loi sur la laïcité de l'État*, les interdictions sont très larges. Par exemple, elles s'imposent à des représentants de l'État qui peuvent travailler dans des bureaux, à l'abri du regard des usagers. Elles concernent également des enseignants et enseignantes en milieu scolaire.

102. Dans la rubrique « Laïcité de l'État », le site du gouvernement du Québec fait une référence indirecte au rapport Taylor-Bouchard dans sa présentation de la *Loi sur la laïcité de l'État* <<https://www.quebec.ca/gouvernement/politiques-orientations/laicite-etat/a-propos-loi-laicite>> : « La loi adoptée le 16 juin 2019 par le Parlement du Québec, intitulée *Loi sur la laïcité de l'État*, définit et consacre formellement la laïcité de l'État dans le cadre législatif actuel, notamment en fixant cette exigence dans la Charte québécoise des droits et libertés de la personne et en interdisant le port de signes religieux à certaines personnes en position d'autorité [...] ».

103. Gérard Bouchard et Charles Taylor, *Fonder l'avenir. Le temps de la conciliation*, 2008, p. 151. C'est dans le cadre de la « crise des accommodements raisonnables » que le premier ministre du Québec, Jean Charest, avait annoncé le 8 février 2007 la création de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles. Le rapport dit « Taylor-Bouchard est issu des travaux de cette commission. Sur cette question, voir Daniel Weinstock, « La "crise" des accommodements au Québec : hypothèses explicatives », 2007. La *Loi sur la laïcité de l'État*, participe d'une longue séquence. Elle entend clore les débats difficiles autour de la question du port des signes religieux dans l'espace public qui avaient débuté au moment de la crise des accommodements raisonnables en 2007 et que le projet de *Charte des valeurs* du Parti québécois en 2013 (projet de loi n°60) et la *Loi favorisant le respect de la neutralité religieuse de l'État et visant notamment à encadrer les demandes d'accommodements pour un motif religieux dans certains organismes*, LQ 2017, c 19., initiée par le Parti libéral du Québec en 2015 et sanctionnée en 2017 étaient loin d'avoir apaisé.

383. Ensuite, comme nous l'avons vu précédemment, si l'exigence de donner de tels services à visage découvert est sans doute justifiable au nom de valeurs fondamentales, comme le respect des exigences communicationnelles qui s'imposent dans le cadre d'une société libre et démocratique, il en va tout autrement de l'interdiction du port des signes religieux. À bien des égards, celle-ci semble s'inscrire en rupture avec la jurisprudence canadienne soucieuse d'assurer l'inclusion et la participation de tous et de toutes sans déduire, *a priori*, la partialité d'un membre du personnel d'une institution étatique des signes religieux et culturels qu'il porte.

384. Pour le moment, cette interprétation de la *Loi sur la laïcité de l'État* est néanmoins à nuancer. En effet, dans le cadre de l'application de l'article 5 de cette loi, le Conseil de la magistrature, chargé, à l'égard des juges de la Cour du Québec, « d'établir des règles traduisant les exigences de la laïcité de l'État et d'assurer leur mise en œuvre », a pu rappeler « la présomption [jurisprudentielle] d'impartialité qui découle du serment du juge¹⁰⁴. » Il note cependant que, désormais, pour les justiciables, au Québec, le port d'un signe religieux visible par un juge pourrait être « un élément déclencheur d'une crainte de partialité¹⁰⁵. »

385. Cette analyse se justifie au regard de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, dans la mesure où la *Loi sur la laïcité de l'État* est de nature à interroger la compréhension jurisprudentielle qu'il sera désormais possible de retenir de la « personne raisonnable ». En effet, comment cette personne raisonnable devra-t-elle désormais être appréhendée dans le contexte historique, politique, social et juridique spécifique du Québec? Devra-t-elle être saisie en considérant le contexte culturel particulier québécois que la *Loi sur la laïcité de l'État* veut consacrer?

386. Enfin, pour justifier les dispositions de la *Loi sur la laïcité de l'État*, doit également être envisagé le respect qui s'impose, au sein du fédéralisme canadien, de la nation québécoise qui, comme le rappelle le préambule de cette loi « [...] a des caractéristiques propres, dont sa tradition civiliste, des valeurs sociales distinctes et un parcours historique spécifique l'ayant amenée à développer un attachement particulier à la laïcité de l'État ».

104. Conseil de la magistrature, *supra* note 9, p. 10.

105. *Ibid.*, p. 12.

387. Incontestablement, les interdictions générales et abstraites de la *Loi sur la laïcité de l'État* participent de la tradition de droit civil et se distinguent de la tradition de *common law*, préférant une approche pragmatique et circonstancielle¹⁰⁶. En outre, l'histoire religieuse québécoise ainsi que ses relations complexes et difficiles avec l'Église catholique et certains de ses courants les plus conservateurs peuvent justifier la volonté de la nation québécoise de se séparer de manière stricte des religions, tout en réaffirmant l'égalité entre les femmes et les hommes¹⁰⁷.

388. Néanmoins, comme le rappelle le préambule de la *Loi sur la laïcité de l'État*, « il y a lieu d'affirmer la laïcité de l'État en assurant un équilibre entre les droits collectifs de la nation québécoise et les droits et libertés de la personne. » En effet, à l'instar du cadre constitutionnel canadien, le cadre quasi-constitutionnel québécois se caractérise aussi par sa dimension libérale. Dès lors, jusqu'à quel point le respect des spécificités de la nation québécoise et la proclamation de la laïcité de l'État peuvent-ils justifier de déroger à des libertés et droits fondamentaux, garantis par la *Charte canadienne* mais aussi par la *Charte québécoise*, deux textes marqués l'un et l'autre par le respect de la personne, dans sa singularité? La décision à venir de la Cour suprême du Canada permettra certainement de donner quelques éléments de réponse à cette question.

389. Au Canada et au Québec, le devoir de neutralité de l'État impose un devoir de neutralité de posture aux institutions étatiques. Au Canada, par principe, à la différence de la province du Québec, ne s'ajoute pas à ce devoir celui, pour les représentants de l'État, de respecter un devoir de réserve impliquant une stricte neutralité d'apparence. Si une neutralité d'apparence leur est imposée, ce ne peut être que, par exception, au cas par cas, en considérant les exigences particulières d'une situation, voire peut-être d'une fonction, s'il y a lieu.

390. Un devoir de neutralité s'impose aussi à l'État français et à ses représentants. Dans certaines circonstances, il peut aussi s'étendre à certains usagers des services publics. À bien des égards, en France, ces obligations négatives s'imposent pour assurer un espace public égalitaire et pacifié.

106. Sur cette question, voir Bertrand Lavoie, « La tension sociojuridique entre laïcité et multiculturalisme: Le bijuridisme comme clé de compréhension des débats québécois sur le rapport entre le droit et la religion », 2016.

107. Préambule de la *Loi sur la laïcité de l'État*: « Considérant, l'importance que la nation québécoise accorde à l'égalité entre les femmes et les hommes [...] »

1.2. EN FRANCE : ASSURER UN ESPACE PUBLIC PACIFIÉ

391. En France, le devoir de neutralité de l'État implique un double devoir : comme au Canada, un devoir de neutralité de posture pour les institutions de l'État mais, aussi, comme au Québec, un devoir de neutralité d'apparence pour les agents de l'État. Il existe aussi une exigence de discrétion vestimentaire pour les élèves des écoles publiques.

1.2.1. Dans les services publics : l'obligation de stricte neutralité des agents publics

392. En France, la République est pensée comme une confrérie dont il faut entretenir l'unité, avec comme contrepartie la protection et l'assistance que les individus peuvent en attendre, dans la lignée des théories du contrat social, dont les conséquences sont présentées par Jean-Jacques Rousseau de la façon suivante :

Chaque individu peut, comme homme, avoir une volonté particulière contraire ou dissemblable à la volonté générale qu'il a comme citoyen ; son intérêt particulier peut lui parler tout autrement que l'intérêt commun ; son existence absolue, et naturellement indépendante, peut lui faire envisager ce qu'il doit à la cause commune comme une contribution gratuite, dont la perte sera moins nuisible aux autres que le paiement ne sera onéreux pour lui ; et regardant la personne morale qui constitue l'État comme un être de raison, parce que ce n'est pas un homme, il jouirait des droits du citoyen sans vouloir remplir les devoirs du sujet ; injustice dont le progrès causerait la ruine du corps politique. Afin donc que ce pacte social ne soit pas un vain formulaire, il renferme tacitement cet engagement, qui seul peut donner de la force aux autres, que quiconque refusera d'obéir à la volonté générale, y sera contraint par tout le corps ; ce qui ne signifie autre chose sinon qu'on le forcera à être libre¹⁰⁸.

393. Or, le refus du communautarisme repose sur la crainte prégnante depuis la troisième République¹⁰⁹ que le sentiment d'appartenance à une communauté religieuse puisse prédominer sur celui d'appartenance à la société française, et donc, si l'on reprend le raisonnement de Rousseau, qu'une multitude d'intérêts privés priment sur l'intérêt général. Il en résulte également un autre refus, celui de prendre en compte les caractéristiques ethniques et l'appartenance confessionnelle de chacun des individus qui

108. Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, 1963, p. 133-134.

109. Régime politique qui a connu la fermeture des congrégations sous l'influence de l'éphémère président du Conseil Émile Combe.

composent le corps social pour penser les différences entre eux¹¹⁰. Il existe donc un impératif constitutionnel d'ignorance de ces caractéristiques par la puissance publique, du moins en tant que catégorie sociale, qui se traduit par un principe de neutralité du service public, et de l'école publique.

394. Le Conseil constitutionnel considère que ce principe de neutralité du service public est un corollaire du principe d'égalité permettant de respecter le pluralisme¹¹¹, une vision qui a été entérinée par la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'affaire *Ebrahimian c. France*¹¹², à propos d'une agente contractuelle travaillant dans un service public hospitalier, et qui avait été révoquée pour violation de l'interdiction du port de signes religieux.

395. « Fiction d'ignorance légale » selon Hauriou¹¹³, ce principe de neutralité implique de ne reconnaître aucun culte. Elle est faite de respect et de devoir : le respect est celui que l'État doit aux opinions des usagers et à leur liberté de pensée, de conscience et de religion ; le devoir est pour ceux qui incarnent l'État, les collectivités publiques ou le service public de s'abstenir strictement de manifester leur soutien à des convictions religieuses, philosophiques, ou politiques.

396. Si une force sociale importante invite à étendre aux personnes privées le devoir de neutralité imposé aux personnes publiques et aux services publics, ce n'est pas (du moins pas encore) juridiquement une réalité. Ainsi, la laïcité issue de la loi de 1905 n'impose pas une neutralité de l'espace public, pas plus que des personnes privées lorsqu'elles n'exercent pas de missions de service public. En revanche, une stricte neutralité des agents publics en résulte, qu'ils soient ou non fonctionnaires, et de tous ceux qui exercent une mission de service public, même s'ils sont salariés de droit privé d'un organisme privé :

110. Valérie Amiraux et Jean-François Gaudreault-Desbiens, « Libertés fondamentales et visibilité des signes religieux en France et au Québec : entre logiques nationales et non nationales du droit? », 2016, p. 353 « La France est une République laïque, une et indivisible (article 1^{er} de la Constitution de 1958) où race, ethnicité et appartenance confessionnelle ne sont pas considérées comme des catégories légitimes pour penser les différences entre individus. »

111. Conseil constitutionnel français, décision n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, par. [15] et [16].

112. *Supra*, note 9.

113. Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 1965, p. 369.

[q]uand vous êtes fonctionnaire pour une municipalité ou une région, vous ne vous représentez pas vous-même, vous représentez cette administration [...]. Vous êtes donc soumis à la neutralité comme l'administration¹¹⁴.

397. Cette stricte neutralité impose aussi que ceux qui incarnent la personne publique ou le service public s'abstiennent de montrer leurs opinions ou convictions politiques, philosophiques, religieuses et même leurs préférences commerciales. La plus haute juridiction administrative française, le Conseil d'État estime que « le fait pour un agent public de manifester, dans l'exercice de ses fonctions, ses croyances religieuses, notamment en portant un signe destiné à marquer son appartenance à une religion, constitue un manquement à ses obligations¹¹⁵ ».

398. Un tel manquement constitue une faute personnelle susceptible d'entraîner la responsabilité individuelle de l'agent¹¹⁶, ou bien de motiver le non-renouvellement de son contrat s'il est non titulaire¹¹⁷. Depuis 2016, le statut du fonctionnaire a même été modifié pour confier au chef de service le devoir de veiller au respect de ce principe, et en précisant qu'il s'appliquait tant aux actes qu'aux paroles de l'agent¹¹⁸.

1.2.2. Dans les écoles publiques : l'obligation de discrétion des élèves

399. La neutralité française a aussi d'autres fondements que celui de respecter le principe d'égalité. Ainsi, à l'école publique, il s'agit essentiellement de permettre de respecter le droit à l'éducation des parents, la protection des jeunes enfants et surtout la pacification sociale pour favoriser des conditions d'enseignement tranquillisées dans un pays si prompt à s'enflammer pour des idées. Cela rend la neutralité scolaire française tellement singulière que d'aucuns lui assimilent parfois l'ensemble de la laïcité. Pourtant, elle intervient uniquement dans le cadre des écoles, collèges et lycées publics.

114. Nicolas Cadène, cité par Stéphane Baillargeon, « Les diverses formes de laïcité dans le monde », 28 mars 2019, en ligne.

115. Conseil d'État, avis n° 217017, 3 mai 2000, publié au recueil Lebon.

116. Tribunal des conflits, 2 juin 1908, Girodet c. Morizot, n° 2022, Rec. 597.

117. Tribunal administratif de Paris, 17 octobre 2002, n° 0101740/5. Voir Jean-Pierre Didier, *La Semaine juridique - Administrations et collectivités territoriales*, 2002, p.1150.

118. *Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires*, art. 25.

400. Comme l'écrit au début du vingtième siècle Ferdinand Buisson dans son dictionnaire de la pédagogie, l'école publique est « neutre quant au culte » :

[L]es élèves de toutes les communions y sont indistinctement admis, mais les représentants d'aucune communion n'y ont plus autorité, n'y ont plus accès. C'est la séparation, si longtemps demandée en vain, de l'Église et de l'école. L'instituteur à l'école, le curé à l'église, le maire à la mairie¹¹⁹.

Cette neutralité scolaire a donc un cadre théorique qui lui est propre, façonné par les pensées de Condorcet et de Jean Zay¹²⁰.

401. Le premier pensait que l'éducation, dont la finalité est l'amélioration de l'espèce humaine, était un droit que la société devait au peuple, et qu'il existait un droit à l'éducation pour tous les citoyens et citoyennes. Cependant, il considérait que ce droit-créance devait être concilié avec le droit parental à l'éducation et la liberté d'opinion des élèves. Pour la préserver, n'enseigner aucune opinion comme une vérité, n'imposer aucune pensée, était une exigence pédagogique qui exigeait un enseignement confié à des laïques, mais aussi « que la puissance publique se borne à régler l'instruction, en abandonnant aux familles le reste de l'éducation¹²¹. » Il avait une conception évolutive de cette forme de liberté, en fonction de l'âge de l'enfant. Celle-ci se retrouve dans les normes juridiques modernes qui établissent un régime différencié entre l'école, où l'expression religieuse des élèves est possible mais doit être discrète, et l'Université, où l'expression religieuse des étudiants et étudiantes est beaucoup plus libre.

402. Quant à Jean Zay, il est celui qui a voulu faire de l'école cet « asile inviolable où les querelles des hommes ne pénètrent pas¹²² ». Il faut préciser que l'époque où il était ministre de l'Instruction publique se caractérisait précisément par des troubles politiques dans les établissements avec du prosélytisme (toujours politique) par des recruteurs ciblant les jeunes élèves,

119. Adolphe Buisson, *Dictionnaire de la pédagogie et de l'instruction primaire*, 1911, p. 1688, disponible en ligne.

120. Dans trois circulaires ministérielles de 1936 et 1937 : *Circulaire du 1er juillet 1936 relative au port des insignes politiques et religieux dans les établissements d'enseignement* ; *Circulaire du 31 décembre 1936 sur l'absence d'agitation politique et la laïcité dans les écoles* ; *Circulaire du 15 mai 1937 relative à l'interdiction du prosélytisme et de la propagande politique et religieuse dans les établissements d'enseignement*.

121. Voir le premier des cinq mémoires de Condorcet sur l'instruction publique dans Condorcet, *Cinq mémoires sur l'instruction publique (1791)*, 1994.

122. *Circulaire du 31 décembre 1936*, supra note 121.

et d'après le ministre de l'instruction publique: « convoquant dans une "permanence" un grand nombre d'enfants de toute origine scolaire, pour leur remettre des papillons et des tracts à l'insu, bien entendu, de leurs parents¹²³ ».

403. Dans une circulaire du 1^{er} juillet 1936, Jean Zay avait déjà demandé de proscrire du champ de l'école tout objet dont « le port constitue une manifestation susceptible de provoquer une manifestation en sens contraire »¹²⁴. À lire la circulaire, elle était donc motivée par la volonté que l'enseignement ne soit pas entravé par les tensions entre les différentes composantes de la société, et que l'école ne soit pas un lieu de prosélytisme pour les mouvements politiques visés, surtout dans un contexte marqué par la mise en place d'une école unique permettant aux enfants français de poursuivre l'école au-delà de 13 ans, une perspective qui était jusque-là réservée à une très petite minorité.

404. La société elle-même était particulièrement conflictuelle après la victoire de la coalition électorale du Front populaire et des mouvements sociaux « d'une ampleur alors inouïe¹²⁵ », que Léon Blum qualifiera plus tard de « situation quasi-révolutionnaire »¹²⁶. Il y avait en particulier des ligues d'extrême droite, extrêmement actives jusqu'au sein de l'école publique, pour essayer de mobiliser les jeunes élèves. Par conséquent, les deux premières instructions du jeune ministre ne dessinaient que les contours de la neutralité politique, sans viser alors les marques de foi, uniquement pour essayer de pacifier les écoles. Toutefois, quelques mois plus tard, Jean Zay précisa qu'il « va de soi que les mêmes prescriptions s'appliquent aux propagandes confessionnelles. L'enseignement public est laïque. Aucune forme de prosélytisme ne saurait être admise dans les établissements¹²⁷ ».

405. Il s'agissait encore une fois de tenter de ramener le calme dans les établissements, tout en appliquant l'une des autres mesures contenues dans le programme politique du Front populaire qui avait proclamé en 1935 la

123. *Ibid.*

124. *Ibid.*

125. Frédéric Monier, *Le Front populaire*, 2002, p. 35.

126. Léon Blum, « La situation politique et sociale », discours prononcé le 5 décembre 1934.

127. *Circulaire du 15 mai 1937*, *supra* note 121.

nécessité de respecter la pleine liberté de conscience de tous, la neutralité scolaire, la laïcité et les droits civiques du corps enseignant¹²⁸.

406. Respect du droit à l'éducation, de la liberté religieuse des parents et des enfants (en fonction de la maturité de ces derniers), retour puis maintien de la paix sociale... telles sont donc, encore une fois, les conditions de naissance particulières qui ont contribué à singulariser la neutralité scolaire en France. Certes, désormais la neutralité de l'enseignement est un des éléments de la neutralité de l'ensemble des services publics français¹²⁹. Toutefois, elle conserve sa spécificité en intégrant, à la fois, les principes de neutralité politique, de neutralité philosophique, de liberté de conscience, d'expression et d'information des élèves, de laïcité, du droit des parents sur l'éducation de leurs enfants¹³⁰, et une exigence pédagogique¹³¹. Elle a d'ailleurs été construite par d'autres lois, adoptées majoritairement sous la troisième République, alors qu'elle n'apparaît pas dans la loi de 1905 qui sépare les Églises et l'État.

407. Désormais, l'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État, selon le préambule de la Constitution de 1946 qui a valeur constitutionnelle. Reste que la particularité de la neutralité scolaire est de proscrire le port de signes et tenues ostensibles pour les usagers que sont les élèves. Pourtant dans un avis du 27 novembre 1989, le Conseil d'État avait estimé que :

le port par les élèves de signes par lesquels ils entendent manifester leur appartenance à une religion n'est pas par lui-même incompatible avec le principe de laïcité, dans la mesure où il constitue l'exercice de la liberté d'expression et de manifestation de croyances religieuses¹³².

Il estimait simplement que cette liberté ne permettait pas

128. Brochure politique du Front populaire de 1935 que l'on trouve dans la plupart des manuels d'Histoire et de ressources pédagogiques scolaires en France.

129. Tribunal administratif de Paris, 23 novembre 2012, n° 1211193. Voir Laetitia Guilloteau, « La lutte contre les discriminations confrontée au principe de neutralité du service public de l'éducation », 2013, p. 427.

130. Tribunal administratif de Paris, *supra* note 130.

131. Le Conseil d'État a précisé qu'à l'école publique, il convenait de respecter « d'une part, les principes de neutralité du service public et de liberté de conscience des élèves et, d'autre part, d'adapter l'information aux élèves à qui elle est destinée, notamment en fonction de leur âge » (Conseil d'État, 15 octobre 2014, n° 369965, mentionné aux tables du recueil Lebon).

132. Conseil d'État, avis n° 346893, 27 novembre 1989, inédit au recueil Lebon.

aux élèves d'arborer des signes d'appartenance religieuse qui, par leur nature, par les conditions dans lesquelles ils seraient portés individuellement ou collectivement, ou par leur caractère ostentatoire ou revendicatif, constitueraient un acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande, porteraient atteinte à la dignité ou à la liberté de l'élève ou d'autres membres de la communauté éducative, compromettraient leur santé ou leur sécurité, perturberaient le déroulement des activités d'enseignement et le rôle éducatif des enseignants, enfin troubleraient l'ordre dans l'établissement ou le fonctionnement normal du service public¹³³.

408. Après un emballement médiatique très important concernant des jeunes filles voilées au collège, et le rapport de la Commission Stasi¹³⁴, la loi du 15 mars 2004¹³⁵ crée l'article L. 141-5-1 du Code de l'éducation en vertu duquel « [d]ans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit. »

409. La circulaire d'application de cette loi distingue les signes « ostensibles », tels que les grandes croix, le voile ou la kippa et les signes « discrets », tels que les médailles, les petites croix, les étoiles de David ou les petits Corans¹³⁶, suscitant une « casuistique des signes¹³⁷ ». Apprécier l'ostensible devient aussi complexe que subjectif¹³⁸, même si l'on ne peut que reconnaître que socialement la situation s'apaise dans les établissements¹³⁹.

410. Cette même circulaire insiste aussi sur un fondement et deux corollaires de cette nouvelle interdiction. En premier lieu, elle invoque le

133. *Ibid.*

134. Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, *Rapport au président de la République*, remis au président le 11 décembre 2003.

135. *Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics.*

136. *Circulaire du 18 mai 2004 relative à la mise en œuvre de la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics.*

137. Expression que nous empruntons à la professeure Stéphanie Hennette-Vauchez, lors des états généraux de la recherche sur le droit et la justice, *Table ronde 13 - Le juge et le respect de la neutralité : l'impossible laïcité*, États généraux de la recherche sur le droit et la justice, 2 février 2017, Secrétariat d'État à l'enseignement supérieur et à la recherche et le GIP Mission de recherche (conférence en ligne sur le site : https://webcast.in2p3.fr/video/le_juge_et_le_respect_de_la_neutralite_l_impossible_laicite).

138. Mathilde Philip-Gay, « L'ostentatoire dans l'application du principe de laïcité », 2018.

139. Observatoire de la laïcité, *Rapport annuel de l'observatoire de la laïcité 2013-2014*, p. 75 et s.

respect de la liberté. Dans une phrase qui rappelle les fondements théoriques de la laïcité scolaire, elle explique que

[e]n préservant les écoles, les collèges et les lycées publics, qui ont vocation à accueillir tous les enfants, qu'ils soient croyants ou non croyants et quelles que soient leurs convictions religieuses ou philosophiques, des pressions qui peuvent résulter des manifestations ostensibles des appartenances religieuses, la loi garantit la liberté de conscience de chacun.

411. Elle indique ensuite que sa mise en œuvre passe par la lutte contre la discrimination, que « [t]out propos, tout comportement qui réduit l'autre à une appartenance religieuse ou ethnique, à une nationalité (actuelle ou d'origine), à une apparence physique, appelle une réponse (... pédagogique, disciplinaire, voire pénale¹⁴⁰ ».

La circulaire ajoute que cette réponse « doit être ferme et résolue¹⁴¹. »

Enfin, elle évoque la mise en œuvre de cette interdiction qui passe par le dialogue, un dialogue « qui n'est pas une négociation et ne saurait bien sûr justifier de dérogation à la loi¹⁴² ».

412. En premier lieu, les agents qui l'engagent doivent conserver leur neutralité durant ce dialogue; il leur est expressément recommandé d'une part, de « veiller avec un soin particulier à ne pas heurter les convictions religieuses » de l'élève ou de ses parents et, d'autre part, de ne pas prendre parti « sur l'interprétation de pratiques ou de commandements religieux¹⁴³ ».

413. En second lieu, il convient de préserver le principe de l'instruction obligatoire jusqu'à seize ans. Ainsi, dans le cas où le conseil de discipline prononce une décision d'exclusion de l'élève, l'autorité académique a le devoir « d'examiner avec l'élève et ses parents les conditions dans lesquelles l'élève poursuivra sa scolarité¹⁴⁴ ».

414. Ainsi, l'obligation négative qui découle du principe de neutralité ne s'applique qu'aux personnes publiques et aux services publics, dont celui de l'éducation nationale. En France, comme au Canada et au Québec, dans l'espace public, constitué des voies publiques et de l'ensemble des lieux

140. *Circulaire du 18 mai 2004, supra* note 137.

141. *Ibid.*

142. *Ibid.*

143. *Ibid.*

144. *Ibid.*

ouverts au public¹⁴⁵, s'impose à l'État une neutralité de posture en vue de permettre à cet espace de demeurer pluraliste par la préservation du droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion de chaque citoyen permettant à toute personne d'y exprimer ses convictions philosophiques et religieuses sans discrimination, dans le respect de l'ordre public et de la loi. Simplement, en France, à la différence du Canada, l'obligation de s'abstenir d'intervenir qui découle du principe de neutralité s'applique aussi aux personnes publiques ou aux personnes privées qui exercent le service public, voire aux lieux affectés à ces services. À l'obligation de neutralité de posture de l'État, s'ajoute ainsi, dans ces cas, l'exigence d'une neutralité d'apparence, que le Québec, dans une certaine mesure, s'est aussi efforcé de consacrer dans la *Loi sur la laïcité de l'État* en 2019.

415. En droit canadien et en droit français, l'État a un devoir de neutralité qui lui impose des obligations négatives, en d'autres termes, des obligations d'abstention s'exprimant au travers de la posture mais aussi, s'il y a lieu, de l'apparence des agents des institutions étatiques. À ces obligations négatives, s'ajoutent des obligations positives qui incitent l'État à protéger le pluralisme sous ses différentes expressions au sein de la société.

2. LES OBLIGATIONS POSITIVES DE L'ÉTAT : PROTÉGER LE PLURALISME AU SEIN DE LA SOCIÉTÉ

416. Au Canada et en France, l'État et ses institutions doivent respecter des obligations positives qui, au regard de la protection du pluralisme de la société, ont des finalités bien spécifiques. Elles cherchent, en droit canadien, à maintenir et à valoriser « le patrimoine multiculturel des Canadiens » (2.1.), et, en droit français, à assurer le respect du principe d'égalité entre les convictions (2.2.).

145. En droit français, l'espace public – non neutre – a en effet une définition plus large que le seul espace dans lequel s'exerce le service public qui, lui, peut donc être défini comme neutre. En effet, l'espace public est « constitué des voies publiques ainsi que des lieux ouverts au public ou affectés à un service public » (*Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, art. 2 I.)

2.1. AU CANADA : INTERVENIR POUR MAINTENIR ET VALORISER LE « PATRIMOINE MULTICULTUREL DES CANADIENS »

417. Au Canada, les obligations positives de l'État canadien, consacrées au niveau constitutionnel et législatif, sont très diversifiées. Elles découlent de son obligation fondamentale, juridiquement consacrée depuis les années 80, d'intégrer les individus et les groupes au sein de la société canadienne dans le respect, notamment, de leur identité religieuse et culturelle (2.1.1.)

418. Parmi les obligations positives de l'État canadien, se distingue, tout particulièrement, l'obligation d'améliorer la situation des individus et des groupes défavorisés au sein de la société. En effet, pour respecter cette obligation, le paragraphe 15(2) de la *Charte canadienne* reconnaît la possibilité pour les institutions fédérales canadiennes d'adopter des lois, des programmes ou des activités destinés à aider ces individus ou ces groupes en considérant explicitement, notamment, leur race, leur origine nationale ou ethnique, leur couleur ou leur religion. En fait, en droit canadien, ce texte consacre une possible discrimination positive pour faire advenir l'égalité réelle au sein de la société. Or, dans la jurisprudence canadienne, ce texte se révèle difficile d'application (2.1.2.)

2.1.1. L'obligation d'intégrer les individus et les groupes dans le respect de leur identité religieuse et culturelle : une obligation juridiquement affirmée

419. Au Canada, l'obligation d'intégrer les individus et les groupes dans le respect, notamment, de leur identité religieuse et culturelle repose sur le principe du multiculturalisme; tout d'abord, proclamé au niveau politique, ensuite, consacré constitutionnellement et légalement, enfin, interprété par les tribunaux.

420. Dans un premier temps, l'idée que l'État a l'obligation d'intégrer les individus et les groupes dans le respect de leur identité religieuse et culturelle s'impose en 1971 lorsque le premier ministre Pierre Elliott Trudeau, à la Chambre des communes, annonce son projet de faire adopter une politique canadienne du multiculturalisme. Cette proposition fait suite aux travaux de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, également connue sous le nom de « Commission Laurendeau-Dunton », du nom de ses coprésidents, André Laurendeau et Arnold Davidson Dunton. La Commission Laurendeau-Dunton, dont les travaux s'échelonnent de 1963 à 1969, a pour mandat « de recommander les mesures à prendre pour

que la Confédération canadienne se développe d'après le principe de l'égalité entre les deux peuples qui l'ont fondée¹⁴⁶ ».

421. Dans le deuxième livre de son rapport, qui porte sur l'éducation en langue anglaise et française, cette commission part d'un constat : « [l]a dualité culturelle [à savoir celle de la culture anglaise et de la culture francophone] est un élément fondamental de l'identité du Canada, et revêt, à ce titre, la plus grande importance¹⁴⁷. » En même temps, dans le quatrième livre de son rapport, qui concerne l'apport des autres groupes culturels composant la société canadienne, elle affirme également qu'il est du devoir de l'État canadien de ne plus assimiler ces groupes mais de les intégrer tout en s'assurant de promouvoir leur pleine participation au sein des institutions étatiques¹⁴⁸.

422. Selon les auteurs Dave Guénette et Félix Mathieu, la Commission Laurendeau et Dunton¹⁴⁹ entretient

une conception du bilinguisme qui est foncièrement liée à sa dimension culturelle et communautaire, soit *le biculturalisme*. C'est-à-dire que, pour eux, le bilinguisme devait favoriser la pleine participation à la vie publique commune et aux institutions politiques de tous les citoyens. Pour ce faire, ils conçoivent que les individus doivent nécessairement s'inscrire dans le sillon de l'une des deux communautés culturelles « fondatrices » de l'association politique canadienne : la communauté francophone ou la communauté anglophone. Formulé autrement, pour Laurendeau et Dunton, le bilinguisme se fonde sur *le biculturalisme*, et les deux phénomènes doivent se renforcer mutuellement¹⁵⁰.

423. Ce n'est toutefois pas cette conception du biculturalisme que Pierre Elliott Trudeau finit par soutenir. Profitant de la « brèche discursive¹⁵¹ »

146. Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, *Rapport. Livre II: L'éducation*, 1968, p. 3.

147. *Ibid.*, p. 4.

148. Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, *Rapport. Livre IV: L'apport culturel des autres groupes ethniques*, 1968.

149. Sur la commission Laurendeau et Dunton, voir Valérie Lapointe-Gagnon, « Les origines intellectuelles de la commission Laurendeau-Dunton : de la présence d'une volonté de dialogue entre les deux peuples fondateurs du Canada au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, 1945-1965 », 2016 et Valérie Lapointe-Gagnon, *Panser le Canada. Une histoire intellectuelle de la commission Laurendeau-Dunton*, 2018.

150. Dave Guénette et Félix Mathieu, « Le Québec face à la vision Trudeau. La question des nations minoritaires et de leur fragilité », 2020, par. [11].

151. *Ibid.*, par. [12] : « Troisièmement, et en lien avec le bilinguisme, la vision Trudeau s'articule autour du multiculturalisme. Bien qu'il nous semble que la conception du multiculturalisme

ouverte lors des auditions de la Commission Laurendeau-Dunton par des canadiens ne s'inscrivant ni dans une ascendance britannique, ni dans une ascendance française, Pierre-Elliot Trudeau impose peu à peu l'idée d'«un multiculturalisme [au lieu d'un biculturalisme], [qui] s'insèr[e] dans un bilinguisme¹⁵²», ce bilinguisme étant juridiquement reconnu, tout d'abord, en 1969, par la première *Loi sur les langues officielles*¹⁵³ puis, en 1988, par la seconde¹⁵⁴, et enfin, en 2005, par la troisième¹⁵⁵.

424. Comme a pu l'expliquer Will Kymlicka :

[L]e principe du multiculturalisme adopté par le Canada visait à consolider celui des langues officielles. En effet, le multiculturalisme garantissait que ni les modes de vie, ni les intérêts des descendants des colons anglais et des colons français n'allaient être privilégiés. [...] Afin de rendre cette intention manifeste, la politique du multiculturalisme présentait deux affirmations symboliques : d'abord, elle rejetait explicitement le passé assimilationniste, période durant laquelle non seulement on avait imposé aux immigrants l'apprentissage de l'anglais, mais on les avait aussi contraints à se fondre le plus possible dans la culture du Canada anglais ; ensuite, elle soulignait que les immigrants – soit ceux qui ne descendaient pas des premiers colons britanniques ou français – avaient apporté une contribution essentielle à la société canadienne [...]. En d'autres termes, l'adoption du multiculturalisme répondait en quelque sorte

chez Pierre Trudeau n'ait pas été inspirée avec la même profondeur que pour le bilinguisme, cette dimension de la vision Trudeau va néanmoins devenir tout aussi centrale. C'est-à-dire que le multiculturalisme apparaît, pour Trudeau, comme une brèche discursive qui s'affirme lors des audiences de la Commission Laurendeau-Dunton, et qu'il pourra ensuite mobiliser pour faire avancer ses propres idéaux politiques. En effet, alors que messieurs Laurendeau et Dunton tiennent les audiences de leur Commission royale d'enquête dans les provinces de l'Ouest canadien, un regroupement de Canadiens issus d'une immigration relativement récente va s'opposer vertement à la logique du biculturalisme, préférant plutôt celle du multiculturalisme. *Le biculturalisme* mettant l'accent sur les communautés anglo-et franco-canadienne pour penser l'appartenance à la fédération, les acteurs de cette "troisième force", comme on les a identifiés dans le discours public, ne se sentent pas invités à faire partie du Canada, eux qui ne sont ni d'origine britannique ni d'ascendance canadienne-française. C'est alors que Pierre Trudeau va récupérer cette brèche discursive pour imaginer le devenir de la société canadienne : celle-ci sera bilingue et multiculturelle, ne reconnaissant aucune "communauté" comme étant "davantage canadienne" qu'une autre. Ainsi, le recours au multiculturalisme a non seulement permis à Pierre Trudeau de réconcilier le bilinguisme canadien avec l'importante diversité issue de l'immigration qui est présente dans le pays, mais aussi de rejeter *le biculturalisme* comme fondement de l'association politique canadienne, tout en niant la spécificité du Québec.»

152. Will Kymlicka, « Chapitre 3. Redéfinir les conditions d'intégration », 2003, p. 90.

153. *Loi concernant le statut des langues officielles du Canada*, 1970, S.R.C., c 0-2.

154. *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. 1985, c. 31 (4^e suppl.).

155. *Loi modifiant la Loi sur les langues officielles (promotion du français et de l'anglais)*, L.C. 2005, c. 41.

au besoin de consacrer des langues officielles [...] tout en distinguant clairement la langue du mode de vie et de l'origine ethnique. Ce fut une façon d'attester qu'au Canada les langues de l'espace public ont été imposées par l'histoire, par la colonisation française et britannique. En même temps, on faisait en sorte que cette reconnaissance n'entraînât pas la prédominance des intérêts et des modes de vie des descendants des premiers colons sur ceux des autres Canadiens¹⁵⁶.

425. Très rapidement, au Canada, ce principe du multiculturalisme fait l'objet de vives critiques, notamment de la part du Québec au travers des propos de son premier ministre, René Lévesque, de 1976 à 1985. En effet, en consacrant une vision strictement linguistique, et non culturelle et nationale des deux cultures d'accueil du Canada que sont la culture anglaise et la culture francophone, le Québec reproche à cette politique, comme le rappelle Stéphane Courtois, de mettre

toutes les cultures dont se compose le Canada [...] sur un même pied d'égalité, la culture nationale québécoise n'étant qu'une des multiples figures de cette mosaïque. [...] Ce qui est [alors] en question, c'est la façon dont une telle politique peut être utilisée pour occulter une certaine réalité sociologique, à savoir l'existence d'une multitude de communautés nationales à l'intérieur du Canada et, surtout, l'existence d'un véritable État à l'intérieur de l'État canadien : l'État québécois¹⁵⁷.

426. En conséquence, dès les années 80, en réaction à cette politique du multiculturalisme, le Québec choisit de développer une politique dite de l'interculturalisme¹⁵⁸. Cette politique reconnaît la diversité des communautés religieuses et culturelles composant la société québécoise et l'importance de favoriser leur pleine participation. Toutefois, elle insiste aussi sur l'exigence que ces communautés s'intègrent en même temps dans la communauté nationale québécoise dont le français est la langue commune de la vie publique. Comme l'explique Gérard Bouchard :

156. Kymlicka, *supra* note 154, p. 90-91.

157. Stéphane Courtois, « La politique du multiculturalisme est-elle compatible avec le nationalisme québécois? », 2007, p. 57.

158. Laurence Brosseau et Michael Dewing, *Le multiculturalisme canadien*, 2018, p. 17 : « En 1981, le ministre des Communautés culturelles et de l'Immigration a énoncé les objectifs de sa politique d'interculturalisme dans un plan d'action intitulé *Autant de façons d'être Québécois*, qui mentionnait l'élaboration d'une stratégie visant : à développer les communautés culturelles et à protéger leur caractère unique ; à sensibiliser les francophones à la contribution des communautés culturelles au patrimoine et au développement culturel du Québec ; à faciliter l'intégration des communautés culturelles dans la société québécoise, notamment dans les secteurs où il y a eu par le passé exclusion et sous-représentation sur le plan institutionnel. »

l'interculturalisme, en tant que modèle pluraliste, se soucie autant des intérêts de la majorité culturelle, dont le désir de se perpétuer et de s'affirmer est parfaitement légitime, que des intérêts des minorités et des immigrants¹⁵⁹.

427. En fait, cette politique de l'interculturalisme permet au Québec de réagir à la consécration juridique du principe du multiculturalisme qui, dans un deuxième temps, s'impose en droit canadien au cours des années 80.

428. Tout d'abord, en 1982, cette consécration juridique se réalise au travers de l'article 27 de la *Charte canadienne*, qui, rappelons-le, affirme que « [t]oute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens ».

429. Dans la perspective du multiculturalisme canadien, cet article doit être mis en lien avec d'autres articles de la *Charte canadienne*, tout particulièrement, l'article 15 protégeant le droit à l'égalité, l'article 28 affirmant l'égalité entre les deux sexes, l'article 23 sur le droit à l'instruction dans la langue de la minorité francophone ou anglophone et, enfin, l'article 25 concernant le maintien des droits et libertés des autochtones¹⁶⁰.

430. Ensuite, cette consécration constitutionnelle est complétée par la *Loi sur le multiculturalisme canadien*¹⁶¹ (ci-après « LMC »), sanctionnée le 21 juillet 1988, qui fait du Canada le premier pays à adopter une loi sur le principe du multiculturalisme. Cette loi, aussi appelée « Loi sur le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel », permet de mieux saisir la compréhension spécifique que le Canada retient du multiculturalisme. Elle définit également la politique du multiculturalisme que le gouvernement fédéral canadien se doit de respecter. D'une part, elle précise les obligations positives qui s'imposent à lui. D'autre part, elle détermine les institutions qui assurent leur mise en œuvre et contrôlent leur respect.

159. Gérard Bouchard, « Qu'est-ce que l'interculturalisme? », 2011, par. [3].

160. Sur cette question, voir Faisal Bhabha, « Between Exclusion and Assimilation: Experimentalizing Multiculturalism », 2009, p. 51-52: « Others have pointed to a category of Charter provisions that can be understood as the "bundle" of equality rights, including section 15 equality, section 27 multiculturalism, and section 28 gender protection. This bundle could also include section 23 official minority language rights and section 25 Aboriginal rights. For the purposes of this paper, which aims to delineate the scope of section 27 and to consider how this provision might inform current debates about multiculturalism [...] ». Cet auteur renvoie alors à un autre texte: Walter S. Tarnopolsky, « The Equality Rights (Ss. 15, 27 and 28) », 1982.

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

431. Dans le préambule de la LMC, le multiculturalisme est tout d'abord considéré comme un fait : « la diversité de la population canadienne [...] constitue une caractéristique fondamentale de la société canadienne [...]. » Cette diversité se manifeste « sur les plans de la race, de la nationalité d'origine, de l'origine ethnique, de la couleur et de la religion [...] ». Elle s'exprime au travers « des personnes des deux sexes », des minorités, des langues officielles, l'anglais et le français, mais aussi des autres langues.

432. Selon ce même préambule, la reconnaissance de cette diversité implique ensuite la consécration d'un droit à l'égalité pour tous les Canadiens¹⁶², indissociable de l'obligation pour le gouvernement fédéral de « s'employ[er] à réaliser l'égalité de tous les Canadiens dans les secteurs économique, social, culturel et politique de la vie canadienne. » En vertu de la *Charte canadienne* mais aussi de *Loi canadienne sur les droits de la personne*¹⁶³, « chacun a [aussi] la liberté de conscience, de religion, de pensée, de croyance, d'opinion, d'expression, de réunion pacifique et d'association. » Enfin, comme :

le Canada est partie [...] au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, les personnes appartenant à une minorité ethnique, religieuse ou linguistique ne peuvent être privées du droit d'avoir leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue [...].

433. En résumé, selon la LMC, comme l'indique toujours son préambule : tous les Canadiens, de naissance ou par choix, jouissent d'un statut égal, ont les mêmes droits, pouvoirs et avantages [mais, en outre, ils] sont assujettis aux mêmes devoirs, obligations et responsabilités [pour que ce patrimoine multiculturel puisse être maintenu et préservé].

434. L'État canadien n'est donc pas aveugle aux différences. Il se doit même de les reconnaître pour respecter son obligation fondamentale d'intégrer les individus et les groupes dans le respect de leur identité religieuse et culturelle spécifique¹⁶⁴. D'ailleurs, dans cette perspective, en vertu de la

162. *Ibid.*, voir les premiers mots du Préambule : « la Constitution du Canada dispose que la loi ne fait exception de personne et s'applique également à tous, que tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination [...] ».

163. *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6, aussi appelée *Loi visant à compléter la législation canadienne en matière de discrimination*.

164. *Loi sur le multiculturalisme canadien*, *supra* note 163, art. 3 (1) : « La politique du gouvernement fédéral en matière de multiculturalisme consiste : a) à reconnaître le fait que le multiculturalisme reflète la diversité culturelle et raciale de la société canadienne et se traduit par la liberté, pour

politique du multiculturalisme consacrée dans la LMC, plusieurs obligations positives s'imposent aux institutions fédérales canadiennes.

435. L'ensemble de ces obligations positives peuvent être rassemblées en trois volets. Un premier volet impose la promotion du multiculturalisme auprès et au sein de la société, notamment, selon l'article 3 (2) c) de la LMC, au travers de « politiques, programmes et actions permettant au public de mieux comprendre et de respecter la diversité des membres de la société canadienne¹⁶⁵. » Un second volet porte sur la participation et oblige les institutions fédérales à « promouvoir des politiques, programmes et actions de nature à favoriser la contribution des individus et des collectivités de toutes origines à l'évolution du pays », tout particulièrement dans le secteur de l'emploi¹⁶⁶. Enfin, en raison de l'existence de discriminations au sein de la société canadienne, tout particulièrement à l'égard des minorités, le troisième et dernier volet concerne le soutien et la protection que l'État fédéral doit leur apporter pour « les aider à éliminer tout obstacle à [leur] participation¹⁶⁷. »

436. Au sein du gouvernement canadien, c'est actuellement le ministre du patrimoine canadien qui, en vertu des articles 4 et 5 (1) de la LMC¹⁶⁸,

tous ses membres, de maintenir, de valoriser et de partager leur patrimoine culturel [...]; d) à reconnaître l'existence de collectivités [en anglais *communities*] dont les membres partagent la même origine et leur contribution à l'histoire du pays, et à favoriser leur développement; e) à faire en sorte que la loi s'applique également et procure à tous la même protection, tout en faisant cas des particularités de chacun [...].»

165. *Ibid.* Voir aussi art. 3 (1): « La politique du gouvernement fédéral en matière de multiculturalisme consiste: a) à reconnaître le fait que le multiculturalisme reflète la diversité culturelle et raciale de la société canadienne et se traduit par la liberté, pour tous ses membres, de maintenir, de valoriser et de partager leur patrimoine culturel, ainsi qu'à sensibiliser la population à ce fait; b) à reconnaître le fait que le multiculturalisme est une caractéristique fondamentale de l'identité et du patrimoine canadiens et constitue une ressource inestimable pour l'avenir du pays, ainsi qu'à sensibiliser la population à ce fait; [...] g) à promouvoir la compréhension entre individus et collectivités d'origines différentes et la créativité qui résulte des échanges entre eux; h) à favoriser la reconnaissance et l'estime réciproque des diverses cultures du pays [...]. »

166. *Ibid.*, voir, tout particulièrement, art. 3 (1) c) et f) ainsi que 3 (2) a), b) et e).

167. *Ibid.*, art. 3 (1) c) *in fine*. Voir aussi art. 5 (1) g), prévoyant que le ministre chargé de la mise en œuvre de cette loi peut « aider les minorités ethnoculturelles à œuvrer en vue de faire échec à toute discrimination, notamment celle qui est fondée sur la race ou sur l'origine nationale ou ethnique [...]. »

168. *Ibid.*, art. 4: « Le ministre, en consultation avec ses collègues fédéraux, suscite et encourage la coordination de la mise en œuvre de la politique canadienne du multiculturalisme, et peut fournir conseils et assistance pour l'élaboration et la réalisation de programmes et actions utiles à cette fin. »; art. 5 (1): « Le ministre prend les mesures qu'il estime indiquées pour mettre en œuvre la politique canadienne du multiculturalisme [...]. »

est responsable de la mise en œuvre de ces obligations, sous le contrôle du Comité permanent du patrimoine canadien de la Chambre des communes (ci-après « le Comité »)¹⁶⁹. Pour rendre compte de son action, chaque année, ce ministre dépose un rapport sur l'application de la LMC¹⁷⁰. Pour guider son action, il doit aussi s'appuyer sur des données scientifiques solides, notamment, selon l'article 5 (1) b), en « effectu[ant] ou [en] appuy[ant] des recherches sur le multiculturalisme canadien et [en] stimul[ant] l'amélioration des connaissances dans le domaine. »

437. Le 1^{er} février 2018, il est intéressant de noter que le Comité a déposé un rapport à la suite de l'attentat de la grande mosquée de Québec le 29 janvier 2017 et du constat de l'augmentation des crimes haineux au Canada, tout particulièrement contre la communauté juive et musulmane. Intitulé « Agir contre le racisme systémique et la discrimination, y compris l'islamophobie »¹⁷¹, ce rapport, au travers de 30 recommandations, propose un plan d'action national pour « endiguer le climat de haine et de peur qui s'installe dans la population¹⁷² » canadienne. Il s'efforce aussi de définir les termes controversés dont son titre est porteur.

438. C'est ainsi que le rapport du Comité propose de mieux comprendre le concept de « racisme systémique », encore appelé « racisme institutionnel¹⁷³ ». Pour le Comité, ce racisme renvoie aux politiques appliquées par des gouvernements ou d'autres institutions qui ont pour effet d'exclure et de marginaliser certaines personnes ou communautés par la persistance de stéréotypes.

169. *Ibid.*, art. 9 : « Le Parlement désigne ou constitue un comité, soit du Sénat, soit de la Chambre des communes, soit mixte, chargé spécialement de suivre l'application de la présente loi et d'examiner tout rapport établi en application de l'article 8. »

170. *Ibid.*, art. 8 : « Dans les cinq premiers jours de séance de chaque chambre du Parlement, suivant le 31 janvier, le ministre fait déposer devant elle un rapport sur l'application de la présente loi au cours de l'exercice précédent. » Voir Gouvernement du Canada, *Rapport annuel sur l'application de la Loi sur le multiculturalisme canadien 2020-2021. Tracer la voie à suivre avec conscience*, 2022, en ligne.

171. Comité permanent du patrimoine canadien, *Agir contre le racisme systémique et la discrimination, y compris l'islamophobie*, 2018, en ligne, p. 30 : « La population musulmane est le groupe religieux ayant enregistré la plus forte hausse de crimes haineux perpétrés à son encontre en 2015. Toutefois, la population juive demeure le groupe le plus ciblé cette année-là, malgré un recul enregistré par rapport à 2014 (de 213 à 178 incidents), et les incidents perpétrés à son endroit représentent toujours 38 % des crimes motivés par la haine d'une religion. »

172. *Ibid.*, p. 7.

173. C'est le terme que retient le gouvernement du Canada dans sa réponse au rapport du Comité ; voir Chambre des communes du Canada, *Réponse du gouvernement au 10^e rapport du Comité permanent du patrimoine canadien intitulé : agir contre le racisme systémique et la discrimination religieuse, y compris l'islamophobie*, 2018, en ligne, p. 3.

Ce type de racisme peut être conscient et volontaire, comme le retrait de leur famille, par le passé, des enfants autochtones envoyés dans les pensionnats. Il peut aussi être inconscient et involontaire lorsque, plus subtilement, il s'imisce « dans les politiques, les pratiques et les procédures qui privilégient ou défavorisent certains groupes en fonction de perceptions liées à la race¹⁷⁴ », à la religion ou au genre.

439. Le Comité s'attarde également sur le terme « islamophobie ». Reprenant la définition de la Commission ontarienne des droits de la personne, il le définit comme suit :

[i]l s'agit d'un ensemble de préjugés, stéréotypes et actes d'hostilité à l'endroit des personnes musulmanes ou des adeptes de l'Islam en général. En plus de motiver des actes d'intolérance et de profilage racial, l'islamophobie mène à considérer, aux niveaux institutionnel, systémique et sociétal, que les musulmans constituent une menace accrue pour la sécurité¹⁷⁵.

440. Dans le corps du texte, le Comité revient enfin sur le mot « inter-sectionnalité » pour reconnaître que

[s]elon ce concept, les personnes sont façonnées par divers facteurs comme le genre, la race, l'origine ethnique, le statut d'Autochtone, la classe sociale, l'orientation sexuelle, le lieu de résidence, l'âge, une incapacité et le statut d'immigrant. Toujours selon ce concept, la façon dont les gens ressentent le racisme et la discrimination repose sur divers aspects de l'identité d'une personne¹⁷⁶.

441. Dans son effort pour définir ces termes difficiles, il est important de constater que le Comité s'efforce d'avoir une approche la plus distanciée possible en reprenant, le plus souvent, les définitions que les différents témoins ont pu proposer de ces termes lors des auditions que le Comité a tenues pour rédiger son rapport.

442. Le gouvernement du Québec s'est lui aussi mobilisé à la suite de l'attentat de la mosquée de Québec en 2017, tout en considérant les décès tragiques de Georges Floyd aux États-Unis en mai 2020 et de Joyce Echaquan le 28 septembre 2020, une femme de la nation atikamekw décédée à l'hôpital de Joliette après avoir enregistré sur son cellulaire les propos racistes que le personnel soignant lui avait adressés peu avant de mourir.

174. Comité permanent du patrimoine canadien, *supra* note 173, p. 20-22.

175. *Ibid.*, p. 23.

176. *Ibid.*, p. 25.

443. Le gouvernement du Québec a alors créé un groupe d'action contre le racisme composé de membres du gouvernement et de l'Assemblée nationale¹⁷⁷. Dans son rapport intitulé « Le racisme au Québec : tolérance 0 », ce groupe, tout en refusant de prendre parti sur l'expression de « racisme systémique »¹⁷⁸, précise une liste d'action ciblant tout particulièrement l'aide à apporter à deux groupes identifiés comme vulnérables au racisme et à la discrimination au sein de la société québécoise, à savoir les minorités visibles et les Autochtones. Depuis, sur le fondement de la *Charte canadienne* mais aussi de la *Charte québécoise*, le gouvernement du Québec s'efforce de mettre en œuvre plusieurs des actions proposées, comme, par exemple, la nomination d'un ministre responsable de la Lutte contre le racisme, la mise sur pied d'une campagne nationale de sensibilisation contre le racisme, l'inclusion des problématiques du racisme dans le parcours scolaire, le renforcement de l'embauche de personnes issues des minorités visibles dans les institutions gouvernementales et, enfin, des mesures pour améliorer les relations entre les minorités visibles et les corps de police¹⁷⁹.

444. Sur le fondement du principe juridique du multiculturalisme, le gouvernement canadien assume donc d'importantes obligations positives qu'il doit mettre en œuvre pour protéger le pluralisme au sein de la société canadienne et assurer la coexistence la plus harmonieuse et la plus pacifique possible entre les individus et les groupes. C'est ce principe qui doit guider son action à l'égard de la diversité religieuse et culturelle de la population canadienne. À bien des égards, s'impose alors à lui l'interprétation que, dans un troisième et dernier temps, les tribunaux ont pu retenir des textes juridiques en lien avec le multiculturalisme.

177. Les membres du Groupe d'action contre le racisme étaient : Lionel Carmant, ministre délégué à la Santé et aux Services sociaux, Nadine Girault, ministre des Relations internationales et de la Francophonie, ministre de l'Immigration, de la Francisation et de l'Intégration, Ian Lafrenière, ministre responsable des Affaires autochtones, Denis Lamothe, député d'Ungava, adjoint parlementaire du ministre responsable des Affaires autochtones, Christopher Skeete, député de Sainte-Rose, adjoint parlementaire du premier ministre pour les relations avec les Québécois d'expression anglaise, Sylvie d'Amours, députée de Mirabel, Isabelle Lecours, députée de Lotbinière-Frontenac.

178. Groupe d'action contre le racisme, *Le racisme au Québec : tolérance 0*, Rapport, décembre 2020, en ligne. Sur la notion de racisme systémique, voir Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Document de réflexion sur la notion de « racisme systémique »*, 2021 en ligne.

179. Dans le rapport du Groupe d'action contre le racisme, *ibid.*, voir tout particulièrement, la liste des actions p. 51-54.

445. Dans la jurisprudence constitutionnelle, c'est au travers de plusieurs décisions concernant le pluralisme religieux et culturel que le principe du multiculturalisme, consacré par l'article 27 de la *Charte canadienne*, a pu être précisé¹⁸⁰. Dans cette jurisprudence, cet article est reconnu comme un texte interprétatif. Selon le juge Dickson, dans la décision *R. c. Big M. Drug Mart Ltd.*, « [l']article 27 fait du patrimoine multiculturel du Canada un élément à prendre en considération en interprétant la Charte¹⁸¹ ».

446. Au fil des décisions, les juges de la Cour suprême se sont efforcés de définir le sens et la portée du principe du multiculturalisme tout en cherchant, par ses efforts, à déterminer les conditions d'intégration des minorités religieuses et culturelles qu'il implique.

447. Comme les auteurs François Rocher et Nikola Brassard-Dion ont pu le démontrer au travers d'une analyse exhaustive de la jurisprudence canadienne, si la notion de multiculturalisme peut être utilisée à des fins seulement descriptives, elle participe le plus souvent, dans les décisions canadiennes, du registre de « l'idéologie politique » et de « la rationalité axiologique », pour reprendre leurs termes¹⁸². C'est ainsi que, dans la jurisprudence canadienne, le terme de multiculturalisme renvoie tout autant à un projet politique national « marqué par les principes d'ouverture, de tolérance et de reconnaissance de la diversité¹⁸³ » qu'à une perspective éthique intersubjective et institutionnelle impliquant, au niveau des organismes de l'État mais aussi des individus et des groupes, la mobilisation de valeurs telles que la tolérance, le respect et la compréhension de soi et des autres, le dialogue, la coopération et l'acceptation de la participation de tous et de toutes dans le respect des différences.

448. Ces auteurs ont aussi mis en évidence que, dans la jurisprudence canadienne, la notion de multiculturalisme est également associée au registre des politiques publiques, et plus particulièrement à la politique du multiculturalisme telle que définie dans la LMC¹⁸⁴. C'est ainsi que, dans la décision

180. Sur ces questions, voir : Bhabha, *supra* note 162 ; François Rocher et Nikola Brassard-Dion, « L'interprétation Multiforme du Multiculturalisme par les Tribunaux Canadiens (1981-2015) », 2017 ; Dia Dabby, « Mapping Multiculturalism by/before the Courts », 2020.

181. *R. c. Big M. Drug Mart Ltd.*, *supra* note 19, par. [11].

182. Rocher et Brassard-Dion, *supra* note 180, p. 313 à 319.

183. *Ibid.*

184. *Ibid.*, p. 317-318.

*Zunera Ishaq c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*¹⁸⁵, une résidente permanente, qui était musulmane sunnite d'origine pakistanaise et qui portait le niqab, avait pu invoquer l'article 3(2) c) et f) de la LMC pour faire reconnaître l'illégalité d'une politique gouvernementale imposant aux candidats à la citoyenneté de prêter serment à visage découvert. Dans cette décision, le juge Boswell de la Cour fédérale refuse de faire droit à la demande sur le fondement de la LMC au motif que cette loi « ne peut recevoir une interprétation si large qu'il soit nécessaire d'invalider n'importe quelle politique gouvernementale qui pourrait déroger de quelque façon aux objectifs du paragraphe 3(2)¹⁸⁶ ».

449. Le juge reconnaît néanmoins l'illégalité de la politique invoquée en considérant qu'elle « ne concorde pas avec la fonction que confie [...] aux juges de la citoyenneté¹⁸⁷ » l'article 17(1) du Règlement sur la citoyenneté¹⁸⁸, pris en vertu de l'article 27 de la *Loi sur la citoyenneté*¹⁸⁹. En effet, l'article 17 du règlement énonce que :

[...] le juge de la citoyenneté doit, notamment, lors d'une cérémonie de remise de certificats de citoyenneté :

a) [...] faire prêter le serment de citoyenneté avec dignité et solennité, tout en accordant la plus grande liberté possible pour ce qui est de la profession de foi religieuse ou l'affirmation solennelle des nouveaux citoyens [nos soulèvements].

450. Au fil des décisions, le principe constitutionnel interprétatif du multiculturalisme confirme l'obligation de l'État canadien d'intégrer les individus et les groupes dans le respect de leurs différences. Toutefois, ce principe permet aussi de définir les conditions, voire les limites de cette intégration, notamment en raison de l'exigence, pour ceux-ci, de rester en contact avec « les racines de [la] société [libre et] démocratique contemporaine¹⁹⁰ » canadienne. La juge Abella a bien résumé cette perspective dans les propos liminaires de la décision *Bruker c. Marcovitz* :

185. *Zunera Ishaq c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, [2015] 4 R.C.F. 297.

186. *Ibid.*, par. [65]

187. *Ibid.*, par. [57].

188. *Règlement sur la citoyenneté*, DORS/93-246, 1993.

189. *Loi sur la citoyenneté*, LRC 1985, c. C-29.

190. Voir les propos du juge LeBel dans la décision *R. c. N.S.*, *supra* note 85, par. [72] : « La Constitution exige une ouverture aux nouvelles différences qui apparaissent au Canada, mais aussi l'acceptation du principe qu'elle reste en contact avec les racines de notre société démocratique contemporaine. »

[L]e Canada est fier avec raison de sa tolérance évolutive à l'égard de la diversité et du pluralisme. Au fil des ans, l'acceptation du multiculturalisme n'a cessé de croître et l'on reconnaît que les différences ethniques, religieuses ou culturelles seront acceptées et respectées. Confirmé dans des textes de loi, que ce soit par des mesures de protection figurant dans les codes des droits de la personne ou par son inscription dans la Charte canadienne des droits et libertés, le droit de chacun de s'intégrer dans la société canadienne avec ses différences – et malgré celles-ci – est devenu un élément déterminant de notre caractère national.

Toutefois, le droit à la protection des différences ne signifie pas que ces différences restent toujours prépondérantes. Celles-ci ne sont pas toutes compatibles avec les valeurs canadiennes fondamentales et par conséquent, les obstacles à leur expression ne sont pas tous arbitraires. Déterminer les circonstances dans lesquelles l'affirmation d'un droit fondé sur une différence doit céder le pas à un intérêt public plus pressant constitue un exercice complexe, nuancé, tributaire des faits propres à chaque espèce qu'il serait illusoire d'encadrer nettement. Mais cette tâche est également une délicate nécessité, requise afin de protéger l'intégrité évolutive du multiculturalisme et de l'assurance du public quant à son importance¹⁹¹.

451. Cette compréhension complexe du multiculturalisme se retrouve, par exemple, dans des litiges impliquant une demande de contrôle judiciaire¹⁹² de décisions prises par des autorités administratives en vertu de leur pouvoir discrétionnaire¹⁹³, notamment dans le domaine scolaire.

191. *Bruker c. Marcovitz*, [2007] 3 R.C.S 607, par. [1] et [2].

192. Il est important de noter que le contrôle judiciaire des décisions des autorités administratives à l'aune des garanties constitutionnelles et des valeurs qu'elles portent a posé d'importantes questions juridiques. Dans l'hypothèse où le droit administratif et le droit constitutionnel sont susceptibles de fournir la solution à un litige, celui-ci doit-il être résolu en ayant recours au critère de l'atteinte minimale tiré du test de l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, propre au droit constitutionnel ou aux règles de la révision judiciaire du droit administratif? C'est à cette question que tente de répondre Stéphane Bernatchez, « Les rapports entre le droit administratif et les droits et libertés : la révision judiciaire ou le contrôle constitutionnel? », 2010.

193. Pierre Issalys et Denis Lemieux, *L'action gouvernementale. Précis de droit des institutions administratives*, 2020, p. 69: « [...] le phénomène du pouvoir discrétionnaire est généralisé dans tout l'ordre juridique. [...] [Il est] la faculté, accordée par le droit à un acteur quelconque dans l'ordre juridique (personne physique ou morale de droit privé, fonctionnaire, parlementaire, juge, policier, procureur de la Couronne, etc.) de choisir, dans une situation donnée, entre plusieurs actes possibles, porteurs d'une norme juridique nouvelle et tous compatibles avec le droit applicable. »; *ibid.*, p. 89: « [pour les autorités administratives, t]out pouvoir discrétionnaire doit s'appuyer sur une norme habilitante qui l'autorise et consacre sa légalité. [...] Aussi, le pouvoir discrétionnaire d'accorder un pouvoir implicite revendiqué ou, inversement, de le refuser relève exclusivement du législateur. Dans le contexte administratif, le législateur qui crée des droits est à même et de préciser le cadre et le mécanisme de leur mise en œuvre. Ainsi, un pouvoir discrétionnaire n'est jamais absolu mais est toujours limité par le cadre de la loi

452. En 2006, les juges de la Cour suprême du Canada ont ainsi pu annuler la décision d'un conseil des commissaires d'interdire à un élève sikh le port du kirpan en rappelant le principe du multiculturalisme et le droit de chacun de s'intégrer dans la société canadienne avec ses différences. Selon la juge Louise Charron,

[l]'argument selon lequel le port du kirpan devrait être interdit parce qu'il représente un symbole de violence et envoie le message que le recours à la force est nécessaire pour faire valoir ses droits et régler les conflits doit être rejeté. Cette prétention est non seulement contraire à la preuve concernant la nature symbolique du kirpan, mais elle est également irrespectueuse envers les fidèles de la religion sikh et ne tient pas compte des valeurs canadiennes fondées sur le multiculturalisme [...].

Une telle prohibition empêche la promotion de valeurs comme le multiculturalisme, la diversité et le développement d'une culture éducationnelle respectueuse des droits d'autrui¹⁹⁴.

453. En outre, en 2015, les juges de la Cour suprême du Canada ont aussi accepté le programme de remplacement proposé par une école privée catholique comme substitut au cours obligatoire d'éthique et de culture religieuse, proposition qui avait été rejetée par une décision du ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport du gouvernement du Québec. Toutefois, la décision des juges se révèle très nuancée.

454. D'un côté, la juge Abella, qui présente les motifs du jugement, considère que la décision du ministre porte atteinte de manière disproportionnée à la liberté de religion des membres de l'école confessionnelle catholique en leur imposant d'enseigner les croyances et les valeurs de l'Église catholique de manière neutre. D'un autre côté, elle considère aussi justifiée l'obligation qui est faite à cette école d'enseigner « les convictions, l'éthique et les pratiques d'autres religions de façon aussi neutre et objective que possible plutôt que suivant la perspective catholique¹⁹⁵. » Selon elle, le cours

habilitante [...]. Il importe de rappeler, cependant, que, même lorsqu'il est exercé dans le cadre de la loi habilitante, le pouvoir discrétionnaire demeure soumis aux impératifs constitutionnels.»

194. *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256, par. [71] et [78].

195. *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 613, par. [6]: « Dans un contexte comme celui du Québec, où l'existence des écoles privées confessionnelles est légalement reconnue, il s'agit d'une atteinte disproportionnée, et par conséquent déraisonnable, aux valeurs qui sous-tendent la liberté de religion des personnes qui veulent offrir et qui souhaitent recevoir une éducation catholique à Loyola. En revanche, je ne vois aucune atteinte appréciable

d'éthique et culture religieuse, en proposant un cadre pédagogique pour transmettre la connaissance de la complexité et de la diversité du phénomène religieux mais aussi en préparant les élèves à dialoguer dans le respect des différences, s'impose pour assurer l'intégration de tous les élèves au sein de la société multiculturelle canadienne.

L'État a [...] un intérêt légitime à s'assurer que les élèves de *toutes* les écoles seront en mesure, une fois devenus adultes, de se comporter avec ouverture et respect lorsqu'ils devront faire face aux différences culturelles et religieuses. Une démocratie multiculturelle et pluraliste doit pouvoir compter sur la capacité de ses citoyens [TRADUCTION] « de discuter de manière réfléchie et ouverte en profitant » de diverses visions du monde et pratiques religieuses¹⁹⁶.

455. D'ailleurs, c'est sur ce même fondement que la constitutionnalité de ce cours avait déjà pu être justifiée en 2012 dans la décision *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*¹⁹⁷ rejetant la demande de certains parents qui considéraient que cet enseignement portait atteinte à leur liberté de religion ainsi qu'à celle de leurs enfants. Selon les juges :

[L]'exposition précoce des enfants à des réalités autres que celles qu'ils vivent dans leur environnement familial immédiat constitue un fait de la vie en société. Suggérer que le fait même d'exposer des enfants à différents faits religieux porte atteinte à la liberté de religion de ceux-ci ou de leurs parents revient à rejeter la réalité multiculturelle de la société canadienne et méconnaître les obligations de l'État québécois en matière d'éducation publique. Bien qu'une telle exposition puisse être source de frictions, elle ne constitue pas en soi une atteinte à l'al. 2a) de la *Charte canadienne* et à l'art. 3 de la *Charte québécoise*¹⁹⁸.

456. L'obligation des institutions canadiennes d'intégrer les individus et les groupes dans le respect de leur identité religieuse et culturelle s'impose au niveau constitutionnel et législatif. D'ailleurs, elle est au fondement de certains mécanismes juridiques qui permettent aux institutions étatiques de pouvoir jouer un rôle très actif au sein de la société pour protéger le pluralisme. Le mécanisme de la discrimination dite positive du paragraphe 15(2) de la *Charte canadienne* en faveur d'individus et de groupes défavorisés mérite une attention toute particulière. À bien des égards, il pose une question difficile. À quelles conditions est-il légitime ?

à la liberté de religion dans le fait d'obliger Loyola à offrir un cours où l'on explique les convictions, l'éthique et les pratiques d'autres religions de façon aussi neutre et objective.»

196. *Ibid.*, par. [48].

197. *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, [2012] 1 R.C.S. 235.

198. *Ibid.*, par. [40].

2.1.2 Le paragraphe 15 (2) de la *Charte canadienne* et l'amélioration de la situation des individus et des groupes défavorisés : la difficile question de la « discrimination à rebours »

457. L'article 15 de la *Charte canadienne* est au cœur de la réponse à ces questions, plus particulièrement même la manière dont il importe d'articuler ses paragraphes 1 et 2. Dans son intégralité, l'article 15 de la *Charte canadienne* est formulé comme suit :

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

458. Comme nous l'avons vu dans le chapitre 2, le paragraphe 1 de l'article 15 de la *Charte canadienne* vise à empêcher et à sanctionner les parlements et les gouvernements, qu'ils soient fédéraux, provinciaux ou territoriaux, lorsqu'ils édictent des lois ou prennent des mesures et programmes qui répondent à trois critères : ils reposent sur une différence de traitement (1), fondée sur un motif discriminatoire énuméré au paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne*, comme la religion, ou analogue, comme l'orientation sexuelle (2), causant un préjudice discriminatoire (3). Le paragraphe 2 de l'article 15 de la *Charte canadienne*, quant à lui, affirme que sont tout de même constitutionnels les lois, mesures et programmes qui proposent une différence de traitement sur la base d'un motif énuméré ou analogue mais qui sont destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés¹⁹⁹.

199. Voir Jena McGill, « Ameliorative Programs and the Charter: Reflections on the Section 15(2) Landscape Since *R v Kapp* », 2017, p. 216-217 qui revient sur les raisons qui ont conduit les rédacteurs de la *Charte canadienne* à intégrer le paragraphe 2 de l'article 15 : « *Section 15(2) was incorporated into the Charter in response to concerns that the inclusion of a general principle of equality could render governments subject to "reverse discrimination" claims similar to those underway in the United States at the time the Charter was drafted. "Reverse discrimination" refers broadly to challenges by members of relatively more advantaged or powerful groups to government laws or programs that target historically disadvantaged or less powerful groups for certain benefits or*

459. Au nom du principe du multiculturalisme, des lois, mesures ou programmes ciblés ont ainsi été élaborés puis mis en œuvre par les parlements et gouvernements pour aider des individus et des groupes défavorisés, notamment en raison de leur identité religieuse et culturelle. Certains, sur le fondement du droit à l'égalité et de son corolaire le droit à la non-discrimination, garantis par le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne*, ont aussi été contestés par des individus et des groupes qui n'en bénéficiaient pas, posant ainsi la difficile question de « la discrimination à rebours²⁰⁰ ». Dès lors, face à ces contestations, des questions juridiques précises se sont posées. Au regard des paragraphes 1 et 2 de l'article 15 de la *Charte canadienne*, comment l'examen de ces lois, programmes et mesures doit-il être réalisé? En outre, à quelles conditions peuvent-ils être déclarés conformes à l'article 15?

460. Dans la jurisprudence canadienne, ces questions juridiques ont suscité d'importantes controverses, notamment en ce qui a trait aux enjeux de la corrélation des paragraphes 1 et 2 de l'article 15 de la *Charte canadienne*.

461. Un premier courant considère que le paragraphe 2 de l'article 15 de la *Charte canadienne* doit être utilisé comme un outil d'interprétation du paragraphe 1. Un autre courant estime que ce paragraphe joue un rôle indépendant lorsqu'il s'agit d'une loi, d'une mesure ou d'un programme qui vise à favoriser des individus ou des groupes ciblés. En d'autres termes, dans cette perspective, le paragraphe 2 de l'article 15 de la *Charte canadienne* est une exception au paragraphe 1. Dans la décision *Lovelace c. Ontario*, le juge Iacobucci a bien résumé ces deux perspectives :

[e]n conséquence, nous sommes en présence de deux façons opposées de voir l'application du par. 15(2) et son rapport avec le par. 15(1). Selon un point de vue, le par. 15(2) est considéré comme un outil d'interprétation du par. 15(1),

ameliorative treatment. Generally, "reverse discrimination" claims attack the fact of ameliorative targeting, as opposed to the particularities of an impugned law or program. Without express protection for ameliorative laws and programs, the Equal Protection Clause of the United States Constitution continues to be relied upon to ground successful claims that ameliorative programs violate the equality rights of relatively more advantaged individuals and groups. The inclusion of section 15(2) in the Canadian Charter signaled a rejection of the American approach in favour of a substantive understanding of equality, focused on accommodating difference to ensure equality of results. The purpose of section 15(2) is thus to "reinforce the important insight that substantive equality requires positive action to ameliorate the conditions of socially disadvantaged groups." Governments must be free to engage in ameliorative programming without the threat that "reverse discrimination" claims might undermine their efforts.»

200. *Ibid.*, concernant la « reverse discrimination ».

qui approfondit et éclaire la nature substantielle de la notion d'égalité. Dans l'autre cas, le par. 15(2) est considéré comme une exemption de l'application de l'analyse relative à la discrimination fondée sur le par. 15(1) ou un moyen de défense à cet égard²⁰¹.

462. Dans l'affaire *Lovelace*²⁰², le juge Iacobucci choisit de retenir le courant jurisprudentiel faisant du paragraphe 15(2) un outil d'interprétation, tout en reconnaissant que, dans certains contextes, l'autre approche peut recevoir un certain appui. Toutefois, c'est dans la décision *R. c. Kapp*²⁰³ que les juges de la Cour suprême du Canada ont réussi à définir une troisième voie.

463. Dans cette décision, les demandeurs sont des pêcheurs commerciaux, pour la plupart non-autochtones. Ils considèrent que leurs droits à l'égalité, garantis par le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne*, sont atteints par un permis de pêche accordant aux membres de trois bandes autochtones le droit exclusif de pêcher le saumon à l'embouchure du fleuve Fraser pendant une période de 24 heures les 19 et 20 août 1998 et à utiliser leurs prises à des fins alimentaires, sociales et rituelles mais aussi commerciales. Selon les demandeurs, ce permis les discrimine sur le fondement de leur race.

464. En l'espèce, le ministre des pêches et des océans a délivré ce permis en prévoyant la possibilité d'une pêche à des fins commerciales en vertu des pouvoirs discrétionnaires que lui confèrent la *Loi sur les pêches*²⁰⁴ et le *Règlement sur les permis de pêche communautaires des Autochtones*²⁰⁵. Selon la juge en chef McLachlin et la juge Abella, qui rédigent les motifs de la position majoritaire :

[l]a décision du gouvernement de favoriser la participation des Autochtones à la pêche commerciale faisait suite aux recommandations du rapport final Pearse de 1982²⁰⁶, qui appuyait la négociation d'accords de pêche autochtone [...]. Dans ce rapport, on reconnaissait l'existence du lien problématique entre le désavantage économique éprouvé par les collectivités autochtones et

201. *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, par. [97].

202. *Ibid.*

203. *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483.

204. *Loi sur les pêches*, L.R.C. 1985, c. F14.

205. *Règlement sur les permis de pêche communautaires des Autochtones*, DORS/93332, 1993.

206. Commission sur la politique des pêches du Pacifique. *Pour remonter le courant : Une nouvelle politique des pêches canadiennes du Pacifique. Rapport final*, 1982.

l'interdiction de longue date de vendre du poisson – une interdiction ayant perturbé ce qui avait autrefois représenté un important créneau économique pour les Autochtones²⁰⁷.

465. Dans la décision *R. c. Kapp*, en ce qui a trait à l'interprétation de l'article 15 de la *Charte canadienne*, plusieurs apports se révèlent importants.

466. Dans un premier temps, dans ce jugement, les paragraphes 1 et 2 de la *Charte canadienne* sont envisagés comme une même norme dont la cohérence se révèle par la référence à une visée commune : la recherche de l'égalité réelle. C'est ainsi que, selon la juge en chef et la juge Abella :

les paragraphes 15(1) et 15(2) doivent être interprétés comme ayant pour effet combiné de promouvoir l'égalité réelle. Le paragraphe 15(1) a pour objet d'*empêcher* les gouvernements d'établir des distinctions fondées sur des motifs énumérés ou analogues ayant pour effet de perpétuer un désavantage ou un préjugé, ou d'imposer un désavantage fondé sur l'application de stéréotypes. Le paragraphe 15(2) vise à *permettre* aux gouvernements de combattre de manière proactive la discrimination. Ainsi interprétées, les deux dispositions confirment mutuellement leur portée. Le paragraphe 15(2) favorise la pleine expression de l'égalité plutôt que la dérogation à celle-ci²⁰⁸.

467. Dans cette perspective, sur le fondement du paragraphe 15(2) de la *Charte canadienne*, le gouvernement peut, sans toutefois y être obligé²⁰⁹,

207. *R. c. Kapp*, *supra* note 203, par. [6].

208. *Ibid.*, par [37].

209. *Ibid.*, par. [32] et [33] : « Le rapport de la Commission royale sur l'égalité en matière d'emploi – qui avait pour mandat de déterminer si la promotion sociale était indiquée au Canada –, sur lequel le juge McIntyre s'est fondé pour établir ses théories de la discrimination et de l'égalité, énonce les principes qui sous-tendent le par. 15(2), aux p. 1415 : En tenant compte du chemin que beaucoup doivent encore parcourir avant de parvenir à l'égalité, et en reconnaissant que des obstacles arbitraires n'ont fait, jusqu'ici, que reculer davantage l'objectif à atteindre, le paragraphe 15(2) autorise maintenant les lois, programmes ou activités destinés à éliminer les contraintes à l'égalité. Tandis que le paragraphe 15(1) garantit aux individus le droit d'être traités en égaux sans discrimination aucune, le paragraphe 15(2), bien qu'il ne rende pas obligatoire l'application de mesures, prévoit que le fait de tenter d'améliorer la condition des individus ou groupes défavorisés ne constitue ni une pratique discriminatoire ni une violation du droit à l'égalité garanti par le paragraphe 15(1), même si cela signifie les traiter de façon différente. Le paragraphe 15(2) ouvre la voie en permettant l'application de mesures correctives à un groupe. L'article 15 favorise une approche globale ou systémique plutôt qu'individuelle en vue d'éliminer les obstacles discriminatoires. Le paragraphe 15(2) n'exige pas l'adoption de lois ou la création de programmes et d'activités pour parvenir plus vite à l'égalité, corriger les inégalités ou éliminer la discrimination. Mais il sanctionne de telles mesures, leur accordant une reconnaissance légale. Essentiellement, le par. 15(2) de la *Charte* vise à protéger les efforts déployés par l'État pour concevoir et adopter des mesures correctives destinées à aider les groupes

prévoir une différence de traitement dans une loi, une mesure ou une activité. Néanmoins, cette différence de traitement n'est constitutionnelle que dans la mesure où elle vise l'égalité réelle en améliorant la situation d'individus ou de groupes défavorisés. Pour reprendre les propos de Peter Wardell Hogg²¹⁰, cités par la juge en chef et la juge Abella, « [s]elon la définition de l'égalité réelle, la différence de traitement destinée à traiter de façon équitable des groupes défavorisés représente une expression d'égalité, non une exception à celle-ci²¹¹ ».

468. Dans un deuxième temps, dans la décision *Kapp*, l'indépendance du paragraphe 15(2) par rapport au paragraphe 15(1) est aussi affirmée. Selon cette jurisprudence, même si ces deux paragraphes ont une visée commune, ils doivent tout de même être distingués :

[...] le par. 15(2) [joue] un rôle indépendant. Ce paragraphe représente plus qu'une exhortation. Il précise simplement et clairement que le paragraphe 15(1) ne peut pas recevoir une interprétation qui permet de déclarer discriminatoire et contraire à l'art. 15 un programme améliorateur destiné à supprimer un désavantage [...].

En d'autres termes, une fois que l'auteur d'une demande présentée en vertu de l'article 15 a établi l'existence d'une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, le gouvernement peut démontrer que la loi, le programme ou l'activité contestés apporte une amélioration et est donc conforme à la Constitution. [...] Si le gouvernement ne démontre pas que son programme relève du par. 15(2), ce programme doit alors faire l'objet d'un examen approfondi au regard du par. 15(1) afin de déterminer s'il a un effet discriminatoire²¹².

469. Dès lors, pour qu'une loi, un programme ou une activité puisse se justifier sur le fondement du paragraphe 15(2) de la *Charte canadienne* et ne pas faire l'objet de l'examen du paragraphe 15(1), il importe d'établir que cette loi, ce programme ou cette activité, d'une part, a un objet améliorateur ou réparateur et, d'autre part, vise un groupe défavorisé, caractérisé par un motif énuméré ou analogue. Dans la décision *Kapp*, la juge en chef McLahin et la juge Abella précisent ces deux conditions juridiques.

défavorisés. L'expression "n'a pas pour effet d'interdire", contenue dans le par. 15(2), confirme la validité de cette interprétation.»

210. Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada. 5th Edition*, 2007, p. 5553.

211. *R. c. Kapp*, *supra* note 203, par. [37].

212. *Ibid.*, par. [38] et [40].

470. Premièrement, une loi, un programme ou une activité établissant une distinction sur un motif énuméré ou analogue est constitutionnel au regard du paragraphe 15(2) de la *Charte canadienne*, si son objectif, principal ou tout au moins important²¹³, est d'améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés par des avantages et des bénéfices, et non des restrictions et des punitions²¹⁴, qui peuvent être analysés comme suit :

des moyens ayant un lien rationnel avec cet objet améliorateur, en ce sens qu'il semble tout au moins plausible que le programme peut effectivement favoriser la réalisation de l'objectif déclaré de supprimer un désavantage²¹⁵.

471. Deuxièmement, seront considérés comme des individus ou des groupes défavorisés des individus ou des groupes, précis et identifiables, qui, dans la société canadienne, sont vulnérables en raison de leur image et des préjugés qu'ils suscitent²¹⁶. Comme le notent la juge en chef McLachlin et la juge Abella, néanmoins, « [i]l n'est pas nécessaire que les membres du groupe soient tous défavorisés, il suffit que l'ensemble du groupe soit victime de discrimination²¹⁷ ». Dans la décision *Kapp*, ces deux juges ont considéré que le permis de pêche communautaire octroyé par le ministre des pêches et des océans répondait aux conditions d'application du paragraphe 15(2) de la *Charte canadienne* et qu'il n'y avait pas lieu de l'examiner sur le fondement du paragraphe 15(1).

213. *Ibid.*, par. [51] : « Selon nous, il est difficilement justifiable d'exiger que l'objet améliorateur soit le seul objectif d'un programme. Il semble improbable qu'un programme soit motivé par un seul objectif ; un programme peut comporter de nombreux objectifs. Empêcher que ces programmes bénéficient de la protection du par. 15(2) pour le motif qu'ils visent d'autres objectifs semble contrecarrer le but du par. 15(2). »

214. *Ibid.*, par. [54] : « [...] le sens du mot "améliorer" mérite d'être examiné attentivement lors de l'évaluation de programmes au regard du par. 15(2). Selon nous, les lois destinées à limiter ou à punir un comportement ne doivent pas bénéficier de la protection du par. 15(2). De même, comme nous l'avons vu, l'accent ne doit pas être mis sur l'effet de la loi. Cela dit, le fait qu'une loi n'ait aucun effet améliorateur plausible ou prévisible risque de rendre douteux l'objet améliorateur visé par l'État. Les gouvernements, nous le répétons, ne peuvent pas, sous des prétextes fallacieux, protéger des programmes discriminatoires. »

215. *Ibid.*, par. [48].

216. *Ibid.*, par. [55] : « Il n'est pas nécessaire en l'espèce de clarifier beaucoup plus l'interprétation du mot "défavorisés" qui a été donnée dans les arrêts *Andrews*, *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, et *Law*, et dans d'autres cas dans le contexte du par. 15(1). Le "désavantage" aux fins d'application de l'art. 15 dénote la vulnérabilité, un préjugé et une image négative dans la société. Le paragraphe 15(2) a pour objet de protéger les programmes gouvernementaux axés sur la situation d'un groupe défavorisé précis et identifiable, par opposition aux mesures législatives sociales générales, tels les programmes d'aide sociale. »

217. *Ibid.*

472. Tout d'abord, le permis participe d'un programme gouvernemental qui a « un objet améliorateur crédible »²¹⁸ :

[c]e programme vise notamment à parvenir à des solutions négociées relativement aux revendications de droits de pêche des peuples autochtones et à donner des possibilités de développement économique aux bandes autochtones afin de favoriser leur accession à l'autosuffisance. Le permis de pêche contesté est lié à tous ces objectifs. Le programme pilote de vente faisait partie – ne serait-ce que dans une faible mesure – d'une tentative de parvenir à une solution négociée relativement aux revendications de droits de pêche des peuples autochtones. Il donnait aux bandes des possibilités de développement économique grâce à la vente ou au commerce. Ces démarches du gouvernement visaient à favoriser l'accession des bandes à l'autosuffisance. Le gouvernement espérait, de cette façon, remédier au désavantage social et économique dont étaient victimes les bandes visées. Les moyens choisis pour réaliser cet objectif (l'attribution aux collectivités autochtones de privilèges spéciaux en matière de pêche qui constituent un avantage) ont un lien rationnel avec la poursuite de cet objectif²¹⁹.

473. Ensuite, les trois bandes autochtones auxquelles ce permis a été accordé ont été reconnues comme faisant partie de manière incontestable de groupes défavorisés :

[d]ans l'arrêt *Corbière c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)* [...] la Cour a mentionné « l'héritage de stéréotypes et préjugés visant les peuples autochtones » (par. 66). La Cour a également reconnu que « [l]es peuples autochtones sont aux prises avec des taux élevés de chômage et de pauvreté, et [qu']ils font face à d'importants désavantages dans les domaines de l'éducation, de la santé et du logement » (*Lovelace*, par. 69). Plus particulièrement, la preuve démontre en l'espèce que les bandes qui se sont vu accorder l'avantage en question étaient effectivement défavorisées sur les plans du revenu et de l'éducation, et à maints autres égards. Ce désavantage historique perdure de nos jours. Étant donné qu'il vise des objectifs d'autosuffisance à long terme et qu'à plus court terme il offre des sources de revenu et des possibilités d'emploi additionnelles, le permis de pêche communautaire est lié au désavantage social et économique dont sont victimes les bandes. Le fait que certains membres des bandes ne soient pas nécessairement personnellement défavorisés n'annule pas le désavantage dont sont collectivement victimes les membres de ces bandes²²⁰.

218. *Ibid.*, par [58].

219. *Ibid.*

220. *Ibid.*, par. [59]

474. Dans la décision *Alberta c. Cunningham*²²¹, la Cour suprême du Canada a encore approfondi son analyse du paragraphe 15(2) de la *Charte canadienne*.

475. Dans cette affaire, les demandeurs, membres d'une communauté métisse de l'Alberta, avaient choisi de s'inscrire à titre « d'Indiens » dans le but d'obtenir des soins médicaux en application de la *Loi sur les Indiens*²²². Or, en raison de cette inscription volontaire, en vertu de la *Metis Settlement Act* (ci-après « MSA »)²²³, plus particulièrement de ses articles 75²²⁴ et 90²²⁵, ils ne pouvaient plus avoir le statut de membre dans un établissement (*settlement* en anglais) métis. Selon eux, cette exclusion était discriminatoire et ne pouvait se justifier sur le fondement du paragraphe 15(2) de la *Charte canadienne*.

476. De manière unanime, les juges de la Cour suprême du Canada ont rejeté leur demande et considéré que cette exclusion participait d'un programme améliorateur protégé par le paragraphe 15(2) de la *Charte canadienne*. Dans leur décision, ils ont précisé les différentes étapes à suivre pour analyser un tel programme sur le fondement de l'article 15 de la *Charte canadienne*.

221. *Alberta (Affaires autochtones et des développements du Nord) c. Cunningham*, [2011] 2. R.C.S. 670.

222. *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5.

223. *Metis Settlement Act*, R.S.A. 2000, c. M-14.

224. *Ibid.*, art 75 : « Un Indien inscrit en vertu de la *Loi sur les Indiens* (Canada) ou une personne inscrite à titre d'Inuk dans le cadre d'une entente sur les revendications territoriales ne peut pas demander le statut de membre ou être inscrit comme membre de l'établissement, sauf en cas d'application des paragraphes (2) ou (3.1). (2) Un Indien inscrit en vertu de la *Loi sur les Indiens* (Canada) ou une personne inscrite à titre d'Inuk dans le cadre d'une entente sur les revendications territoriales peut être admis comme membre si a) la personne était inscrite à titre d'Indien ou d'Inuk quand elle était âgée de moins de 18 ans; b) la personne a vécu une bonne partie de son enfance dans la région de l'établissement; c) au moins un des parents de la personne est, ou était au moment de son décès, membre de l'établissement; d) la personne a été admise comme membre grâce à un règlement de l'établissement qui autorise expressément qu'elle en devienne membre. 3) Si une personne inscrite à titre d'Indien en vertu de la *Loi sur les Indiens* (Canada) demande que son nom soit retiré du registre, elle ne peut plus invoquer le paragraphe (2) dans le but de devenir membre de l'établissement [...] » [notre traduction]

225. *Ibid.*, art 90 : « Sauf si une politique générale du conseil prévoit le contraire, une personne renonce à son statut de membre dans un établissement si a) elle s'inscrit volontairement comme Indien en vertu de la *Loi sur les Indiens* (Canada), ou b) elle s'inscrit à titre d'Inuk dans le cadre d'une entente sur les revendications territoriales. (2) Sur réception de la part du conseil de l'établissement d'un avis de cessation d'appartenance visée par le paragraphe (1), et après une vérification des faits qui est jugée nécessaire, le ministre doit retirer le nom de la personne visée de la liste des membres de l'établissement. »

477. La première étape consiste à déterminer « si la loi crée une distinction préjudiciable à l'égard du groupe de demandeurs fondée sur un des motifs énumérés au par. 15(1) ou sur un motif analogue²²⁶. »

478. Si tel est le cas, la deuxième étape doit amener à se demander si cette distinction se justifie sur le fondement du paragraphe 15(2) de la *Charte canadienne*. Pour qu'il en soit ainsi, deux conditions doivent être remplies : d'une part, le programme doit être véritablement améliorateur ; d'autre part, la distinction doit tendre ou contribuer de manière rationnelle à la réalisation de l'objet améliorateur²²⁷. Enfin, si ces deux conditions ne sont pas remplies, l'analyse juridique reprend sur le fondement du paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne*²²⁸.

479. Selon les juges de la Cour suprême du Canada, les différentes étapes de cette analyse juridique poursuivent une finalité bien précise.

Le paragraphe 15(2) a pour objet de prémunir les programmes améliorateurs contre les accusations de « discrimination à rebours ». Ces programmes ciblent des groupes défavorisés particuliers afin qu'ils soient admissibles à certains avantages, tout en en excluant d'autres. [...]. [I]nterprété de cette manière, [il] permet aux gouvernements d'aider un groupe – sans être paralysés par l'obligation de tous les aider – et d'adapter les programmes de façon à renforcer les avantages qu'ils confèrent, tout en veillant à ce que la protection offerte par le paragraphe 15(2) contre l'accusation de discrimination ne soit pas utilisée de manière abusive à des fins étrangères à l'objet du programme améliorateur et à l'objectif d'égalité réelle²²⁹.

480. En l'espèce, la distinction établie par la MSA entre les Métis et les Indiens est une distinction reposant sur un motif analogue au sein du paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne* mais elle relève de la protection du paragraphe 15(2) de cette même charte. En effet, la MSA poursuit un objet véritablement améliorateur, à savoir :

226. *Alberta (Affaires autochtones et des développements du Nord) c. Cunningham*, *supra* note 221, par. [43]

227. *Ibid.*, par. [44] à [46].

228. *Ibid.*, par. [47] et [48] : « [...] pour déterminer si la distinction constitue une discrimination réelle, en perpétuant un désavantage ou un préjugé à l'égard du groupe exclu ou en lui appliquant des stéréotypes. S'il est établi au regard du par. 15(1) qu'il existe une discrimination réelle, la dernière question à trancher est celle de savoir si le gouvernement a démontré qu'elle est justifiée au regard de l'article premier de la Charte. »

229. *Ibid.*, par. [41] et [49].

créer une assise territoriale pour les Métis dans le but de préserver et d'enrichir leur identité, leur culture et leur autonomie gouvernementale, par opposition aux autres cultures indiennes environnantes et aux autres cultures qui rayonnent dans la province²³⁰.

481. Quant à la distinction établie par la MSA entre les Métis et les Indiens inscrits, elle

tend et contribue de manière rationnelle à la réalisation de cet objet améliorateur. Elle correspond aux distinctions historiques et sociales entre les Métis et les Indiens, elle appuie la réalisation de l'objet qui consiste à enrichir l'identité, la culture et l'autonomie gouvernementale des Métis et respecte le rôle des Métis en ce qui a trait à la définition du peuple qu'ils forment. Par conséquent, [cette] distinction [...] n'outrepasse pas l'étendue de la protection offerte par le paragraphe 15(2). [Elle] correspond plutôt au type de programme améliorateur ciblé que les législatures devaient être autorisées à adopter grâce à l'article 15. Le paragraphe 15(2) s'applique et l'exclusion des demandeurs d'un établissement métis n'est pas discriminatoire²³¹.

482. Les décisions *Kapp*²³² et *Cunningham*²³³ ont permis de définir une démarche d'analyse pour encadrer l'application du paragraphe 15(2) de la *Charte canadienne*. Toutefois, des auteurs ont exprimé des critiques et identifié des lacunes dans cette démarche, au point même pour certains de conclure que le paragraphe 15(1) fournirait un meilleur cadre pour protéger les lois, programmes ou activités améliorateurs²³⁴.

483. Trois critiques peuvent tout particulièrement être retenues²³⁵.

484. Premièrement, l'objet du paragraphe 15(2) de la *Charte canadienne* pose question. Comment faut-il définir «les lois, programmes ou activités» visés par ce texte? Doit-on en retenir une définition large ou étroite? Dans la jurisprudence canadienne²³⁶, pour le moment, c'est une définition large

230. *Ibid.*, par. [62].

231. *Ibid.*, par. [83] et [84].

232. R. c. *Kapp*, *supra* note 203.

233. *Alberta (Affaires autochtones et des développements du Nord) c. Cunningham*, *supra* note 221.

234. McGill, *supra* note 199, p. 247: «However, in my view, the *Kapp-Cunningham* analysis for section 15(2) is simply not necessary to ensure that ameliorative programs are sufficiently protected; section 15(1) can do this work in a more principled way. The best evidence for this position is the two decades of section 15 jurisprudence pre-dating *Kapp*.»

235. Pour une analyse approfondie de ces critiques, *ibid.*, p. 223-247.

236. R. v. *Marsh*, 2014 B.C.P.C. 235, CarswellBC 3052.

qui semble s'imposer. Il a notamment été reconnu que relevait du champ d'application de cet article la décision de renoncer à des poursuites contre des communautés autochtones refusant de remplir un formulaire de recensement, conformément à l'article 31 b) de la *Loi sur la statistique*²³⁷.

485. Deuxièmement, la portée du paragraphe 15(2) de la *Charte canadienne* peut également être interrogée. Est-ce qu'une loi, un programme ou une activité qui améliore la situation d'un groupe défavorisé relève de l'application de ce paragraphe si elle ne protège pas l'ensemble du groupe ou si elle n'envisage pas d'autres groupes, eux aussi marginalisés? *A priori*, une réponse positive s'impose. En effet, dans la décision *Alberta (Affaires autochtones et des développements du Nord) c. Cunningham*, la juge McLachlin a pu affirmer que

[l]e principe sous-jacent au par. 15(2) est que les gouvernements devraient pouvoir cibler certains membres d'un groupe défavorisé en raison de caractéristiques personnelles, tout en en excluant d'autres. Il reconnaît que les gouvernements peuvent avoir des objectifs particuliers qui consistent à améliorer la situation de certains membres du groupe. Le paragraphe 15(2) confirme, en outre, que les gouvernements ne sont peut-être pas en mesure d'aider tous les membres d'un groupe défavorisé en même temps et qu'ils devraient pouvoir établir des priorités. Si les gouvernements étaient tenus d'avantager également tous les groupes désavantagés (ou tous les sous-groupes de ceux-ci), ils pourraient alors ne pas pouvoir utiliser des programmes ciblés pour atteindre des objectifs précis à l'égard de groupes précis. Le coût d'un traitement identique pour tous entraînerait une perte d'occasions réelles de réduire les désavantages et les préjugés²³⁸.

486. Or, dans la mesure où l'article 15(2) de la *Charte canadienne* peut légitimement justifier que des membres d'un même groupe ou de plusieurs groupes défavorisés ne profitent pas de certains avantages, il serait important de mieux définir la portée du paragraphe 15(2). Il faudrait notamment préciser jusqu'à quel point certains effets discriminatoires sont acceptables. À bien des égards, seuls des effets discriminatoires minimaux devraient pouvoir être justifiés.

237. *Loi sur la statistique*, L.R.C. (1985), c. S-19.

238. *Alberta (Affaires autochtones et des développements du Nord) c. Cunningham*, *supra* note 221, par. [41].

487. Enfin, de ce fait, l'articulation de la démarche d'analyse du paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne* avec celle du paragraphe 15(2) mériterait d'être approfondie. En effet, la démarche du paragraphe 15(2) apparaît plus abstraite que celle du paragraphe 15(1). Alors que l'application de ce dernier laisse une large place à l'appréhension contextuelle du préjudice discriminatoire, le paragraphe 15(2) se concentre davantage sur le contenu de la loi, du programme ou de l'activité contestés en cherchant à établir si son objet est améliorateur et si elle vise des individus ou des groupes effectivement défavorisés. Cette différence d'approche mérite d'être soulevée pour que l'analyse relevant du paragraphe 15(2) puisse être davantage attentive au contexte, tout particulièrement si la loi, le programme ou l'activité ne concerne qu'une partie d'un groupe défavorisé et si, finalement, une autre partie du groupe ou un autre groupe marginalisé peut subir concrètement un préjudice discriminatoire, même minimal.

488. Au Canada, les interventions positives de l'État pour maintenir et valoriser le « patrimoine multiculturel » des Canadiens se révèlent donc complexe, tout particulièrement dans le cadre de l'application du paragraphe 15(2) de la *Charte canadienne*. La possibilité qui lui est offerte d'améliorer la situation d'individus et de groupes défavorisés se heurte à de nombreux obstacles, souvent bien difficiles à relever. Il en est de même pour l'État français lorsqu'il doit intervenir pour assurer le respect du principe d'égalité entre les religions.

2.2. EN FRANCE : INTERVENIR POUR ASSURER LE RESPECT DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ ENTRE TOUTES LES CONVICTIONS

489. En tant qu'arbitre neutre, l'État français se doit de faire respecter le principe d'égalité entre toutes les convictions. Or, en raison d'une interprétation paradoxale du principe d'égalité en matière religieuse (2.2.1.), sa mise en œuvre peut se révéler complexe. Elle soulève notamment la difficile question de « l'égalité à rebours » (2.2.2.).

2.2.1. Le principe d'égalité en matière convictionnelle : les paradoxes de son interprétation

490. L'interprétation du principe juridique d'égalité à la française paraît parfois contradictoire.

491. Premièrement, elle produit une oscillation permanente entre refus et acceptation de la différenciation. D'après la caricature qui en est faite, se conformer au modèle d'intégration républicain, qui est axé sur l'égalité des chances par l'éducation, imposerait d'être aveugle à la diversité d'origine, de religion et d'ethnie pour mieux respecter le principe d'égalité. Or il a été expliqué que, en pratique, le droit français n'est pas le bloc monolithique de règles que l'on imagine souvent et que, au contraire, une certaine forme de différenciation ne lui est pas étrangère. La seule limite à la distinction entre les personnes est celle contenue dans l'article 1^{er} de la Constitution qui interdit la discrimination positive fondée sur une prétendue race, l'origine ou la religion ; à moins de passer outre cette limite en révisant la Constitution²³⁹, même si c'est une procédure complexe en France parce qu'elle doit être adoptée soit par référendum, soit par les deux chambres réunies en Congrès à la majorité des trois-cinquièmes.

492. Cela a pourtant déjà été le cas. Par exemple, la révision constitutionnelle du 28 mars 2003²⁴⁰ a permis d'élaborer des statuts « à la carte » en fonction des spécificités et des aspirations de chaque collectivité d'outre-mer. Ainsi, la Polynésie française, territoire du Pacifique composé de cinq archipels, a-t-elle été autorisée à prendre des mesures pour protéger sa population ou son patrimoine immobilier²⁴¹. Les entreprises locales peuvent donc désormais favoriser le recrutement de personnes justifiant d'une durée de résidence de dix, cinq ou trois ans sur le territoire au détriment de celles nouvellement installées. La France a donc déjà admis des dérogations à l'interdiction de la discrimination posée par l'article 1^{er} de la Constitution à condition qu'elles soient issues d'une révision constitutionnelle. Toutefois, il est difficile de penser qu'une telle révision puisse être acceptée politiquement, ou même juridiquement, si elle concernait l'ensemble du territoire national, et non pas simplement les collectivités d'outre-mer qui « ont un statut qui tient compte des intérêts propres de chacune d'elles au sein de la République²⁴² ». Elle pourrait d'autant moins être acceptée si la discrimination envisagée avait des fondements religieux.

239. Conseil constitutionnel, décision n° 2004-490 DC, 12 février 2004.

240. *Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, organisation décentralisée de la République.*

241. *Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, art. 18.

242. Constitution française du 4 octobre 1958, art. 74.

493. En 2008, le président de la République Nicolas Sarkozy avait donné une mission particulière à Simone Veil, l'une des personnalités préférées des Français en raison de son courage personnel²⁴³, de ses actes politiques²⁴⁴ et des hautes fonctions qu'elle a exercées²⁴⁵. Madame Veil avait accepté de présider un comité chargé de réfléchir à la question très sensible d'une introduction de la discrimination positive, non plus de manière marginale mais en tant que principe admis par le droit français, qui aurait pu s'appliquer en matière religieuse même si ce n'était pas l'intention première. Dans sa lettre de mission du 9 avril, le président Sarkozy constatait que

[l]a Constitution ne se réduit pas à un ensemble de règles définissant les rapports entre les pouvoirs publics. Elle détermine aussi les libertés fondamentales reconnues à tout individu sur le sol de la République, et le socle des valeurs dans lesquelles chacun de nos concitoyens peut se reconnaître; des principes et des valeurs qui, au fond, définissent l'identité républicaine, disent ce que nous sommes et vers quoi nous voulons aller [...]. Les enjeux auxquels nous sommes collectivement confrontés ont évolué, notre société s'est profondément transformée. Ces changements soulèvent des questions nouvelles²⁴⁶.

494. Il demandait donc au Comité présidé par Madame Veil de se prononcer sur l'instauration de «nouvelles politiques d'intégration valorisant davantage la diversité de la société française pour favoriser le respect effectif du principe d'égalité²⁴⁷.»

495. En réalité, le président avait déjà donné sa propre réponse politique à la question juridique qu'il posait. Dans un discours du 8 janvier, il avait expliqué qu'il lui semblait souhaitable de compléter le préambule de la Constitution afin d'assurer «le respect de la diversité et ses moyens, pour rendre possibles de véritables politiques d'intégration²⁴⁸».

243. Une grande partie de sa famille a été décimée par la Shoah. Elle-même a été déportée à Auschwitz à l'âge de seize ans avec sa mère qui est décédée là-bas.

244. Elle a notamment présenté au parlement la *Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse* légalisant l'interruption volontaire de grossesse, combattu pour améliorer la dignité des personnes détenues, organisé l'assistance maternelle et joué un rôle déterminant dans la construction de l'Union européenne.

245. Elle a été la première femme à présider le Parlement européen (1979) et à être ministre d'État (1993). Elle a aussi été membre du Conseil Constitutionnel (1998).

246. *Décret n° 2008-328 du 9 avril 2008 portant création d'un comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution*, annexe.

247. *Ibid.*

248. Nicolas Sarkozy, «Première conférence de presse du Président de la République», 8 janvier 2008.

496. Contre toute attente au regard de l'usage qui prévaut dans ce genre de commissions de réflexion, où l'on ne refuse généralement pas de se conformer à la commande de l'autorité de nomination, le Comité Veil a répondu négativement à la demande qui lui était faite; la popularité de sa présidente dans l'opinion publique facilitant certainement une telle prise de position. Le principe de l'interdiction de la discrimination positive a donc été réaffirmé à cette occasion. Par conséquent, le principe d'égalité à la française privilégie la différenciation à la discrimination mais n'est pas aveugle aux disparités objectives de situations.

497. Deuxièmement, « la République ne reconnaît aucune religion, mais ne doit en méconnaître aucune ». Ce principe est né de l'analyse de l'article 1^{er} de la Constitution, selon lequel, d'une part, la République laïque doit respecter toutes les croyances, s'abstenir d'interférer dans ces dernières, les laisser cohabiter, en respectant le principe de neutralité tel que nous l'avons déjà défini. D'autre part, la même disposition constitutionnelle lui impose également de « garantir », activement cette fois, « l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction [...] de religion. »

498. Ainsi, l'enjeu est le même que celui concernant la société canadienne, c'est-à-dire assurer la coexistence la plus harmonieuse et la plus pacifique possible entre des individus et des groupes différents, parce que les constituants ont posé le choix courageux mais difficile d'accepter la diversité d'origine, de culture, et de religion.

499. Cependant, contrairement à l'État canadien, la République française est contrainte de concilier des obligations apparemment contradictoires: d'une part, ne pas faire de la croyance le critère d'une distinction entre les personnes; d'autre part, faire respecter l'égalité entre ces mêmes croyances. Elle doit aussi ne pas prendre en compte la croyance, mais prévenir la discrimination en raison d'une appartenance vraie ou supposée à une religion déterminée. Elle est donc inévitablement conduite, si ce n'est à intervenir, au moins à ne pas toujours ignorer les convictions religieuses. Elle glisse ainsi subtilement de la non-reconnaissance des cultes imposée par la loi de 1905 vers la non-méconnaissance des religions, et donc des convictions religieuses, pour favoriser l'égalité.

500. Le sociologue Philippe Portier considère même que la laïcité française a évolué d'une politique de séparation à celle de la reconnaissance,

reprenant ainsi les termes employés par Charles Taylor²⁴⁹. D'un point de vue juridique, on pourrait plutôt constater qu'elle est faite d'abstention et d'action positive lorsqu'il s'agit de rétablir l'égalité entre les cultes.

501. Enfin, dans les faits, la laïcité française repose sur la séparation des Églises et de l'État mais celle-ci connaît beaucoup d'exceptions en matière financière, si bien que l'interdiction du subventionnement des associations culturelles n'empêche pas une politique active d'aide publique aux religions, notamment pour rétablir l'égalité entre elles.

502. Cette intervention financière s'explique par une subtilité jurisprudentielle : lorsque le Conseil constitutionnel a défini le principe fondamental de laïcité, il a volontairement passé sous silence l'interdiction du financement et du subventionnement publics des cultes. Si bien qu'il a considéré implicitement qu'elle n'avait pas valeur constitutionnelle mais uniquement valeur législative²⁵⁰, et, par conséquent, qu'une loi ordinaire pouvait établir des exceptions à ce principe. Le Conseil d'État considérait déjà que le principe de laïcité

n'interdisait pas, par lui-même, l'octroi dans l'intérêt général et dans les conditions définies par la loi, de certaines subventions à des activités ou des équipements dépendant des cultes [à condition de respecter notamment le] traitement égal des différents cultes²⁵¹.

503. L'interprétation très souple du principe de séparation financière marque la volonté des juridictions de préserver les droits locaux prévoyant le salariat et le subventionnement des cultes, et celle de ne pas remettre en cause la politique menée depuis une vingtaine d'années par le législateur qui a multiplié les dérogations²⁵², essentiellement pour rétablir l'égalité entre l'Islam et les autres confessions, par exemple en nombre de lieux de cultes.

504. Un exemple est particulièrement symbolique. Il s'agit de la *Loi du 19 août 1920* adoptée à l'unanimité par les deux chambres du Parlement pour remercier les soldats « indigènes » lors de la Première Guerre mondiale.

249. Philippe Portier et Jean Baudouin, « La laïcité française. Approche d'une métamorphose », 2018, p. 14.

250. Conseil constitutionnel français, décision n° 2012-297 QPC, 21 février 2013.

251. Conseil d'État, 16 mars 2005, n° 265560, publié au recueil Lebon.

252. Par exemple, le Conseil constitutionnel français rappelle souvent la différence de nature entre son pouvoir d'appréciation et celui du Parlement. Pour le juge français, la remise en cause de cette politique d'aide financière au culte ne peut venir que du législateur lui-même.

Elle porte affectation d'une subvention de 500 000 francs²⁵³ afin de financer ce qui deviendra la grande mosquée de Paris. À la même époque, le Conseil Municipal de Paris décide²⁵⁴, quant à lui, de faire donation perpétuelle et gratuite des terrains nécessaires à la construction de la Mosquée et de l'Institut musulman de Paris. Mais au-delà de ce geste symbolique et isolé, c'est surtout dans les années 90 que le législateur a entendu permettre au culte musulman de rattraper son retard sur les autres religions s'agissant du nombre de lieux de prières.

505. Deux dispositions ont été particulièrement utilisées. La première, réservée initialement aux agglomérations en voie de développement, leur permet de garantir les emprunts contractés par des associations culturelles ou des groupements locaux pour financer la construction « d'édifices répondant à des besoins collectifs de caractère religieux²⁵⁵ ». La seconde permet aux collectivités de conclure des baux emphytéotiques administratifs pour les biens immobiliers du domaine public

en vue de l'affectation à une association culturelle d'un édifice du culte ouvert au public [...] ou, à l'exception des opérations réalisées en vue de l'affectation à une association culturelle d'un édifice du culte ouvert au public, de leur restauration, de la réparation, de l'entretien-maintenance ou de la mise en valeur de ce bien²⁵⁶.

506. La mosquée, la synagogue, l'Église ou le temple construit grâce à ce bail emphytéotique est ensuite intégré au patrimoine de la collectivité qui en assumera la gestion, l'entretien et les réparations²⁵⁷, ce qui est une nouvelle aide financière pour les religions. En effet, d'après une étude de 2015 TNS Sofres,

dans 73 % des communes au moins, une église est la propriété de la commune. À l'inverse, [...] seulement 5 % possèdent un temple protestant, 3 % une mosquée, 3 % un temple évangélique, 1 % une synagogue, 1 % un temple bouddhiste et 1 % une église orthodoxe²⁵⁸.

253. L'équivalent de 76 300 euros ou de 102 800 dollars canadiens.

254. Lui aussi à l'unanimité.

255. Code général des collectivités territoriales, art. L. 2252-4.

256. *Ibid.*, art. L1311-2.

257. *Ibid.*

258. Hervé Maurey, *Les collectivités territoriales et le financement des lieux de culte*, 17 mars 2015, p. 38.

Par exemple, la Ville de Paris est propriétaire de 96 édifices de culte, soit 85 églises catholiques, neuf temples protestants et deux synagogues, dont elle doit assurer l'entretien²⁵⁹. L'État, lui, est propriétaire de la Grande mosquée de Paris.

507. Construire des mosquées grâce au financement public indirect que permettraient ces dispositions législatives a contribué à multiplier le nombre de lieux de cultes musulmans sur le territoire :

l'islam a profondément muté ces cinq dernières années. Ainsi, « l'islam des caves » a totalement disparu : l'islam est très visible dans tous les territoires, installé dans l'espace public. La France compte 2 500 grandes mosquées, qui peuvent recevoir plus de mille fidèles lors de la prière du vendredi, soit plus de deux millions de fidèles au total, ce qui est un chiffre significatif. Certaines communes comptent même plusieurs grandes mosquées, parfois en centre-ville. On parle souvent du financement étranger des mosquées françaises. Pour ma part, je crois que la plupart des mosquées construites aujourd'hui en France le sont grâce à des capitaux français. Cela montre que la puissance de l'islam n'est pas la même aujourd'hui qu'il y a dix ans²⁶⁰.

508. Or, en vertu du principe d'égalité, et pour éviter toute discrimination, les possibilités d'interventions financières qui ont été pensées pour les associations culturelles musulmanes sont évidemment applicables aux autres cultes. Cela renforce la tentation politique des pouvoirs publics d'intervenir dans les affaires internes de l'ensemble des religions, voire de les contrôler par ce truchement.

509. Le problème posé par cette tentation est moins idéologique que démocratique. Comme l'a écrit le constitutionnaliste, et spécialiste de la démocratie, Dominique Rousseau :

[n]ous sommes confrontés à une société française qui, essentiellement, a été gérée par l'État, à la différence d'autres pays [...]. Or, plus on fait confiance à l'État, plus on renforce la personnalisation et le caractère monarchique, plébiscitaire, et moins on favorise l'émergence d'une société civile organisée²⁶¹.

259. *Ibid.*, p. 16.

260. Michel Aubouin, *Audition par la Commission d'enquête sur les réponses apportées par les autorités publiques au développement de la radicalisation islamiste et les moyens de la combattre*, présidée par Nathalie Delattre, Sénat, 3 mars 2020 (audition sous serment).

261. Dominique Rousseau, « L'objet de la Constitution, ce n'est pas l'État, mais la société », 2012, p. 432.

510. Quoi qu'il en soit, comme l'écrivait Jean Carbonnier, cité par le Conseil d'État dans son rapport de 2004, le droit public français des cultes :

dans la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État, ne distingue pas entre les religions suivant leur importance, leur ancienneté, leur contenu de dogmes ou d'observances. [...] Cette égalité d'honneurs, toutefois, doit avoir sa contrepartie dans une égale soumission au droit commun²⁶².

511. Cette conception du principe d'égalité implique de prendre en compte tous les courants d'opinion qui traversent la société, ou bien de définir un critère pour déterminer ceux qui auront ces relations minimales avec l'État, au risque d'une rupture d'égalité entre les groupes de pensée et entre les territoires. Mais, il entraîne également des devoirs pour les cultes. En effet, il a une contrepartie : l'obligation faite aux cultes de respecter les principes républicains tels que la liberté, l'égalité, la fraternité, et la laïcité. L'enjeu est d'autant plus grand que la lutte contre les violations de ces principes par les dérives propres à une seule de ces religions affecte toutes les autres par le truchement de l'égalité, au risque d'une sorte d'égalité à rebours.

2.2.2. Le principe d'égalité en matière convictionnelle : sa réalisation et les enjeux de « l'égalité à rebours »

512. Le principe d'égalité en France a toujours été la clef de voûte du républicanisme. Comme l'ensemble des modèles d'aménagement du pluralisme, il est critiqué, ce qui crispe ses défenseurs et provoque un changement de paradigme : l'égalité devient défensive, et peut alors avoir des effets « à rebours », soit directement lorsqu'un culte est empêché d'obtenir un aménagement parce qu'il ne s'applique pas aux autres, soit indirectement quand tous les cultes sont affectés par une disposition visant à prévenir les dérives d'un seul d'entre eux.

513. Le meilleur exemple d'égalité à rebours directe, concerne – à nouveau – les tenues de bain, mais cette fois-ci dans les piscines municipales, un fait présenté à tort comme une question concernant uniquement les femmes.

514. On rappelle que, en 2016, les arrêtés municipaux s'étaient multipliés pour interdire le burkini²⁶³ sur la plage, en tant que « tenue ostensible »,

262. Conseil d'État, *Un siècle de laïcité*, 2004, p. 277

263. Conseil d'État, 26 septembre 2016, n° 403578, mentionné dans les tables du recueil Lebon.

« tenue religieuse », ou « vêtement contraire à l'ordre public », et pour diverses raisons telles que l'ordre public, les bonnes mœurs, la laïcité, la dignité, et l'égalité entre les femmes et les hommes. À cette occasion, le Conseil d'État avait rappelé qu'une mesure de police ne pouvait restreindre l'exercice d'une liberté fondamentale que pour prévenir, ou faire cesser, un trouble à l'ordre public, selon ses trois composantes traditionnelles que sont la sécurité, la tranquillité et la salubrité, compte tenu des exigences particulières qu'implique la situation balnéaire. Il n'appartenait évidemment pas au maire de se fonder sur d'autres considérations et les restrictions qu'il apporte aux libertés doivent être justifiées par des risques avérés d'atteinte à l'ordre public.

515. En apparence, l'ordonnance du tribunal administratif²⁶⁴, puis celle du Conseil d'État²⁶⁵ concernant le port du Burkini dans les piscines municipales de la ville de Grenoble s'inscrivent dans la lignée de cette jurisprudence. Ce n'est pourtant pas le cas pour deux raisons : d'abord la procédure utilisée – le nouveau déferé laïcité – et ensuite parce qu'elle constitue moins une question d'ordre public que de la neutralité de la rédaction du règlement intérieur afin d'assurer l'égalité à la française. Il ne s'agissait donc pas d'une interdiction générale du burkini dans les piscines municipales de cette ville comme on a pu le lire en France ou au Canada²⁶⁶. En mai 2022, le projet de nouveau règlement intérieur des piscines de Grenoble se caractérisait par sa recherche d'un compromis – au nom de la liberté de religion, ou du principe de non-discrimination – entre les règles communes, qui visent à protéger l'ordre public, et les normes de pudeur prônées par certains courants de l'islam. D'après son article 10 :

pour des raisons d'hygiène et de sécurité, l'accès aux bassins se fait exclusivement dans une tenue de bain correspondant aux obligations suivantes : [...] Les tenues non prévues pour un strict usage de baignade (short, bermuda, sous-vêtements, etc.), les tenues non près du corps plus longues que la mi-cuisse (robe ou tunique longue, large ou évasée et les maillots de bain-shorts sont interdits. [...] Le tee-shirt et le paréo sont admis en-dehors des bassins et sur les espaces extérieurs. La nudité est interdite.

516. En résumé, les caleçons de bain restaient interdits, comme c'est le cas habituellement dans les piscines françaises pour des raisons d'hygiène

264. Tribunal administratif de Grenoble, 25 mai 2022, n°2203163.

265. Conseil d'État, 21 juin 2022, n°464648, Inédit au recueil Lebon.

266. Voir Gwénaële Calvès, « Service public et fait religieux : la question des accommodements raisonnables », 2022, en ligne.

et de salubrité qui est une composante de l'ordre public. De même, les maillots féminins comportant une tunique ample « plus longue que la mi-cuisse » restent aussi interdits avec une justification identique. *A contrario*, le port de tenues non près du corps jusqu'à mi-cuisses et de tuniques ajustées près du corps, avec un legging et/ou un hidjab de sport devenait autorisé. Il faut ajouter qu'en France une pratique existe chez les femmes de se baigner seins nus, même si elle disparaît progressivement en dépit de ses racines historiques profondes²⁶⁷.

517. Or, en mai 2022, le maire de Grenoble avait annoncé que le changement de règlement de la piscine allait prendre en compte également cette pratique des « seins nus » au nom de l'égalité, notamment entre femmes et hommes. Il déclarait alors vouloir lever « les interdits vestimentaires aberrants²⁶⁸ » : « [d]emain, vous pourrez vous promener seins nus à la piscine ou mettre un maillot couvrant, pour vous protéger du soleil ou pour des convictions philosophiques et religieuses [...] on revient à la loi [de 1905]²⁶⁹ ».

518. Pourtant, contrairement à ces annonces, seul le maillot couvrant était finalement pris en compte par le projet de nouveau règlement. C'est là qu'apparaissait le problème au regard du principe d'égalité à la française, avec une dérogation à une considération d'ordre public uniquement pour des raisons religieuses et en ne prenant en compte qu'une seule religion sans chercher à intégrer les autres convictions religieuses ou philosophiques.

519. La procédure utilisée pour saisir la juridiction venait d'être mise en place par la loi du 24 août 2021²⁷⁰. Le principe du déferé n'est pas nouveau car la France est un pays unitaire bien que décentralisé. Depuis 1982, il existe un contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales²⁷¹, à l'initiative du représentant de l'État dans ces dernières. Lorsque le préfet, ou plutôt ses services, considèrent que l'un de ces actes, par exemple une délibération de conseil municipal, présente un risque d'illégalité, il le

267. D'après Camille Froidevaux-Metterie, citée par Barbara Marty, « À l'origine du topless, la tendance seins nus qui divise la société », 4 septembre 2020, en ligne : « [à] partir de la Révolution, la dimension politique du sein nu prend le pas sur le sacré et le sexuel. La femme aux seins nus devient l'allégorie de la République égalitaire. »

268. « Burkini et seins nus bientôt autorisés dans les piscines de Grenoble ? On vous explique la polémique », *Midi-libre*, 16 mai 2022, en ligne.

269. Éric Piolle, Intervention dans *Politiques à table!*, la Chaîne parlementaire française (LCP), 13 mai 2022, en ligne.

270. *Loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République*.

271. Code général des collectivités territoriales, art. L. 2131-6, L. 3132-1 et L. 4142-1.

«défère», ce qui veut dire qu'il le soumet au juge administratif, sachant qu'il peut assortir ce déféré d'une demande de suspension de l'application de cet acte²⁷² s'il apparaît que l'un des moyens soulevés par le préfet paraît, en l'état de l'instruction, susciter un doute sérieux sur la légalité de l'acte concerné. Une éventuelle décision de suspension par le juge est susceptible d'appel devant le Conseil d'État dans les quinze jours. Avec le déféré laïcité, la demande de suspension peut concerner même des actes habituellement non susceptibles d'être transmis au titre du contrôle de légalité classique, ce sont tous ceux qui sont susceptibles de porter gravement atteinte aux principes de laïcité et de neutralité des services publics.

520. Pour revenir à l'affaire du règlement des piscines de Grenoble, le ministre de l'intérieur avait donné instruction au préfet de l'Isère de saisir le tribunal administratif en vue d'en obtenir la suspension car la délibération du Conseil municipal avait pour «objectif manifeste» de «céder à des revendications communautaristes à visées religieuses²⁷³». Le juge des référés du tribunal administratif de Grenoble a accepté de suspendre la décision en considérant que cet article portait une atteinte grave aux principes de laïcité et de neutralité des services publics. Selon lui, cet article reconnaissait des droits particuliers aux membres d'une communauté religieuse par l'introduction d'une exception à la règle selon laquelle toutes les tenues de bain doivent être près du corps. D'après l'ordonnance du juge des référés :

[s]i les usagers du service public peuvent exprimer librement, dans les limites fixées par la loi, leur appartenance religieuse, les dispositions de l'article 1^{er} de la Constitution interdisent à quiconque de se prévaloir de ses croyances pour s'affranchir des règles communes organisant et assurant le bon fonctionnement des services publics. Par ailleurs, l'autorité administrative doit respecter le principe de neutralité et édicter des règles concourant au maintien de l'ordre public sous ses composantes de la sécurité, de la salubrité et de la tranquillité publiques. Il ne saurait être dérogé aux règles édictées dans l'objectif d'assurer l'ordre public. [...] En permettant aux usagers du service public communal des piscines de Grenoble de porter des tenues «non près du corps», sous la seule condition qu'elles soient moins longues que la mi-cuisse – comme c'est le cas notamment du vêtement de baignade appelé burkini – c'est à dire en dérogeant à la règle générale d'obligation de porter des tenues ajustées près du

272. Le juge a 48 heures pour se prononcer sur cette demande de suspension.

273. Préfecture de l'Isère, *Délibération du conseil municipal de Grenoble sur le règlement intérieur des piscines municipales*, Communiqué de presse, 15 mai 2022, en ligne.

corps pour permettre à certains usagers de s'affranchir de cette règle dans un but religieux, ainsi qu'il est d'ailleurs reconnu dans les écritures de la commune, les auteurs de la délibération litigieuse ont gravement porté atteinte aux principes de neutralité du service public²⁷⁴.

521. Cette interprétation est confirmée par le Conseil d'État dans une ordonnance du 21 juin 2022²⁷⁵, mais avec un raisonnement davantage centré sur les liens entre le principe de neutralité et d'égalité. Il commence par rappeler que le gestionnaire d'un service public peut, pour satisfaire à l'intérêt général, prévoir des mesures afin qu'un plus grand nombre d'usagers puisse accéder effectivement au service public, en tenant compte de certaines spécificités – y compris religieuses – du public concerné.

Cependant, lorsqu'il prend en compte pour l'organisation du service public les convictions religieuses de certains usagers, le gestionnaire de ce service ne peut procéder à des adaptations qui porteraient atteinte à l'ordre public ou qui nuiraient au bon fonctionnement du service, notamment en ce que, par leur caractère fortement dérogoire par rapport aux règles de droit commun et sans réelle justification, elles rendraient plus difficile le respect de ces règles par les usagers ne bénéficiant pas de la dérogation ou se traduiraient par une rupture caractérisée de l'égalité de traitement des usagers, et donc méconnaîtraient l'obligation de neutralité du service public²⁷⁶.

522. Selon lui, l'article 10 du règlement des piscines de Grenoble méconnaissait justement ce principe ainsi que celui de l'égalité de traitement des usagers.

Il apparaît que cette dérogation très ciblée répond en réalité au seul souhait de la commune de satisfaire à une demande d'une catégorie d'usagers et non pas, comme elle l'affirme, de tous les usagers. Si [...] une telle adaptation du service public pour tenir compte de convictions religieuses n'est pas en soi contraire aux principes de laïcité et de neutralité du service public, d'une part, elle ne répond pas au motif de dérogation avancé par la commune, d'autre part, elle est, par son caractère très ciblé et fortement dérogoire à la règle commune, réaffirmée par le règlement intérieur pour les autres tenues de bain, sans réelle justification de la différence de traitement qui en résulte²⁷⁷.

274. Tribunal administratif de Grenoble, *supra* note 267.

275. Conseil d'État, *supra* note 268.

276. *Ibid.*, par. [10].

277. *Ibid.*, par. [9].

523. Le véritable problème selon le Conseil d'État n'était donc pas l'adaptation du règlement aux convictions religieuses des usagers, mais sa rédaction qui ne respectait pas le principe de neutralité tel qu'il est défini en France pour garantir le principe d'égalité.

524. Ce que confirme son ordonnance, c'est que le principe de laïcité n'interdit pas les aménagements à condition qu'ils soient pris pour des motifs d'intérêt général et qu'ils respectent le principe d'égalité de traitement des usagers. Par exemple, il est reproché à la ville de Grenoble de ne pas avoir cherché à expliquer en quoi le caleçon de bain ample masculin pouvait continuer à être interdit au nom de la salubrité qui compose l'ordre public français, alors que cela n'aurait plus été le cas des tenues amples féminines au-dessus du genou. Cette ordonnance montre aussi qu'il ne faut pas viser qu'un seul groupe religieux.

525. Cette interprétation du principe d'égalité explique que toutes les mesures de financement prises par le législateur français à partir des années 90 pour favoriser la construction de lieux de cultes musulmans aient été prévues pour s'appliquer à toutes les religions. Mais elle a aussi parfois des effets à rebours indirects, lorsque les mesures législatives répressives cette fois-ci, celles qui visent à empêcher les dérives de certains cultes, s'appliquent à tous par son truchement. C'est le cas, par exemple, d'une partie de la loi du 24 août 2021²⁷⁸ qui a, entre autres, créé le nouveau déferé laïcité utilisé dans l'affaire du règlement des piscines de Grenoble, qui a été pensé pour lutter contre le séparatisme islamiste mais dont les dispositions visent finalement les dérives de tous les cultes. Ce qui est réglementé pour l'un s'applique à tous ; quitte à affiner ensuite la prise en compte de chacun lors de la prise de décision individuelle, au regard des faits.

526. Le Projet de loi a été déposé au Parlement après un discours du président Macron en date du 2 octobre 2020 dans lequel, il annonçait vouloir un texte « qui, cent-quinze ans après l'adoption définitive de la loi de 1905 », viserait à « renforcer la laïcité, à consolider les principes républicain²⁷⁹ ». La loi finalement adoptée comporte 101 dispositions qui ne concernent pas toutes les religions, mais plutôt les principes fondamentaux. Elle réaffirme :

278. *Supra*, note 273.

279. Emmanuel Macron, « La République en actes : discours du Président de la République sur le thème de la lutte contre les séparatismes », publié le 2 octobre 2020, en ligne.

la neutralité du service public lorsque la loi ou le règlement confie directement l'exécution d'un service public à un organisme de droit public ou de droit privé [...] ²⁸⁰ Lorsqu'un contrat de la commande publique, [...], a pour objet, en tout ou partie, l'exécution d'un service public, son titulaire est tenu aux mêmes obligations.

527. Cette même loi rappelle aussi que l'organisme ou le titulaire du contrat de la commande publique est tenu d'assurer l'égalité des usagers devant le service public, de veiller au respect des principes de laïcité et de neutralité. En particulier, ses salariés ou agents, lorsqu'ils participent à l'exécution du service public doivent s'abstenir « notamment de manifester leurs opinions politiques ou religieuses », et traiter « de façon égale toutes les personnes » et respecter « leur liberté de conscience et leur dignité », de veiller à ce que « toute autre personne à laquelle il confie, en tout ou partie, l'exécution du service public s'assure du respect de ces obligations ²⁸¹. » En pratique, les clauses du contrat doivent expressément intégrer ces obligations, préciser les modalités de contrôle et de sanction du cocontractant lorsque celui-ci n'a pas pris les mesures adaptées pour les mettre en œuvre et faire cesser les manquements constatés.

528. La loi comporte encore des dispositions sur l'obligation de respect et de formation des fonctionnaires concernant la laïcité ²⁸². Les agents voient également leur responsabilité pénale renforcée ; le fait d'être dépositaire de l'autorité publique ou chargé d'une mission de service public devient une circonstance aggravante pour les infractions de provocation, négationnisme et insulte en raison de l'origine, de la religion, du sexe, ou de l'orientation sexuelle ²⁸³.

529. En outre, après l'assassinat et la décapitation du professeur Samuel Paty à la sortie de son collège par un islamiste le 16 octobre 2020, la loi a intégré deux nouvelles protections au bénéfice des agents dépositaires de l'autorité publique ou chargés d'une mission de service public. La première concerne toutes les personnes participant à l'exécution d'une mission de service public : il est désormais expressément interdit d'user de menaces ou de violences ou de commettre tout autre acte d'intimidation, afin d'obtenir

280. *Loi n° 2021-1109 du 24 août 2021, supra* note 273, art. 1^{er}.

281. *Ibid.*

282. Voir *ibid.*, art. 62, 63 et 65.

283. Code pénal, art. 432.7.

pour soi-même ou pour autrui une exemption totale ou partielle ou une application différenciée des règles qui régissent le fonctionnement dudit service²⁸⁴. Si un tel délit est constaté par l'administration ou la personne privée en charge du service public, elle doit porter plainte sans nécessairement avoir l'accord de l'agent et sans que cela n'ôte à ce dernier la possibilité de déposer plainte lui-même. Ce délit est désormais désigné couramment comme le délit de séparatisme. La seconde qui concerne les enseignants se traduit par la création d'un nouveau délit qui est constitué par le fait « d'entraver, d'une manière concertée et à l'aide de menaces, l'exercice » de leur fonction²⁸⁵. Enfin, cette même loi contient d'autres dispositions sur la protection de la dignité humaine, la protection sur les réseaux sociaux, l'instruction des enfants en famille, et les associations, notamment sportives, et les fédérations²⁸⁶.

530. Cependant, c'est son titre concernant le « libre exercice du culte » qui pourrait davantage faire comprendre ce que pourrait être le principe d'égalité à rebours indirect. Représentant la plus importante modification globale de la *Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État* depuis sa promulgation, le Conseil d'État l'a présenté comme « un élément central » de la nouvelle loi²⁸⁷.

531. La volonté affichée depuis octobre 2020 par les pouvoirs publics de lutter contre le séparatisme islamiste présentait un fort risque de ne viser que les dérives du seul culte musulman, en dépit du fait que le principe d'égalité étende son application à toutes les religions et que la loi finalement adoptée prenne en compte des éléments importants pour d'autres cultes que l'islam.

Depuis 1905, le libre exercice du culte n'est limité que pour des raisons tenant à l'ordre public et repose sur sa soumission au droit privé, par l'intermédiaire des associations culturelles qui ont pour objet exclusif l'exercice d'un culte, et sont égales juridiquement quand bien même leurs membres pratiqueraient une religion minoritaire ou marginale socialement. Or les dispositions du titre III de la loi du 24 août 2021 redessinent les contours de cette liberté, d'une part,

284. Code pénal français, art. 433-3-1.

285. Code pénal français, art. 433-1.

286. Voir *Loi n° 2021-1109 du 24 août 2021*, *supra* note 273, respectivement aux art. 2, 44, 49, 63 à 67 et 12.

287. Conseil d'État, *Avis sur un projet de loi confortant le respect, par tous, des principes de la République*, n° 401549, 3 décembre 2020, p. 3.

en modifiant les règles concernant les associations religieuses, qui s'en trouvent davantage contrôlées et, d'autre part, en renforçant les interdictions et sanctions qui s'appliquent dans le cadre de la police des cultes²⁸⁸.

532. Par exemple, la fermeture temporaire des lieux de culte est facilitée par la loi du 24 août 2021. Il y a peu encore, fermer de tels lieux à des fins punitives aurait été présenté comme exceptionnel, depuis quelques années, cette mesure s'est imposée pour

lutter contre des ennemis – les fondamentalistes musulmans susceptibles de participer à des entreprises violentes – dans l'espoir, non de les convertir, mais de réduire leur influence, voire de les inciter au départ²⁸⁹.

533. Elle a d'abord été associée à l'état d'urgence pour permettre la fermeture provisoire des « lieux de réunion de toute nature, en particulier des lieux de culte au sein desquels sont tenus des propos constituant une provocation à la haine ou à la violence ou une provocation à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de tels actes²⁹⁰. »

534. À cette liste, il faut ajouter certains propos constituant une provocation à la discrimination²⁹¹. La fermeture doit être prononcée par un arrêté motivé du représentant de l'État, précédé d'une procédure contradictoire. Elle ne peut excéder six mois, et sa durée doit être proportionnée aux circonstances qui l'ont motivée²⁹². La loi du 24 août 2021 s'inscrit dans cette tendance à la normalisation de la fermeture temporaire de lieux de culte pour sauvegarder l'ordre public. Selon le nouvel article 36-3 de la loi de 1905, modifié par l'article 37 de la loi du 24 août 2021, le préfet peut désormais la prononcer en raison de propos tenus ou d'activités qui s'y déroulent, des idées ou des théories qui sont diffusées, s'ils « provoquent à la haine ou à la violence envers une personne ou un groupe de personnes ou tendent à justifier ou à encourager cette haine ou cette violence ».

535. Elle est associée à la généralisation de la sécurisation des principaux lieux de culte – de toutes confessions, y compris par des soldats en armes. Déjà la loi de 1905 dans sa version initiale contenait un titre V relatif à la

288. Mathilde Philip-Gay, « Le libre exercice du culte », 2021, p. 2078.

289. Julien Jeanneney, « La résurgence des fermetures punitives de lieux de culte », 2021 p. 519.

290. *Loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste*, art. 3.

291. *Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*.

292. Code de la sécurité intérieure, art. L. 227-1, al. 3.

police des cultes qui reflète une méfiance envers les troubles en lien avec le fait religieux, qu'ils soient dirigés contre les religions ou le fait des cultes eux-mêmes dans un contexte où il fallait alors « briser une résistance éventuelle de l'Église catholique²⁹³ ». Lorsqu'elle avait créé des infractions propres au ministre du culte cela avait été appliqué initialement aux catholiques appelant à désobéir aux lois cléricales puis, ensuite à tous les cultes.

536. La loi du 24 août 2021 prévoit également un contrôle accru du préfet sur l'ensemble des associations religieuses et assimilées, lors de leur création, mais aussi sur leur financement, afin de mieux contrôler l'ingérence des États étrangers dans leur fonctionnement. Conformément au principe d'égalité, ces dispositions s'appliquent à tous les cultes, et entraînent donc une lourdeur administrative pour chacun d'entre eux, même si des exceptions ont été prévues pour les plus petites structures et même si ce contrôle accru s'accompagne d'incitations financières à se regrouper en associations cultuelles.

537. Toutefois, on aura compris que cette incitation est aussi recherchée par le renforcement des contraintes pesant sur l'ensemble des associations religieuses, quel que soit leur mode d'organisation, et même si elles ne semblent connaître aucune dérive.

538. Face à une société marquée par le pluralisme, tant au Canada qu'en France, l'État doit relever d'importants défis pour maintenir des liens communs entre les citoyens et les citoyennes et s'assurer qu'ils interagissent les uns envers les autres dans un esprit traduisant une certaine fraternité, tant humaine que politique. Que ce soit dans le cadre du multiculturalisme canadien ou dans celui de la laïcité française, il importe, en effet, que l'État et ses institutions maintiennent une position arbitrale, impliquant la quête d'un juste équilibre entre, d'une part, une nécessaire position de retrait pour affirmer leur neutralité face au pluralisme et, d'autre part, d'incourables interventions pour protéger ce même pluralisme. C'est aussi dans cette même quête d'équilibre que cherche à s'inscrire le Québec avec la consécration, à l'article 1^{er} de la *Loi sur la laïcité de l'État*, que « l'État du Québec est laïque. »

293. Francis Messner, Pierre-Henri Prélôt et Jean-Marie Woehrling, *Traité de Droit des religions*, 2013, p. 1731.

539. Pour affirmer la neutralité de l'État, le droit canadien, le droit français, mais aussi le droit québécois ont pour point commun d'imposer une stricte obligation de neutralité de posture aux représentants étatiques. Leur différence s'exprime, cependant, en ce qui concerne leur obligation de neutralité d'apparence. Si le droit canadien refuse de l'imposer par principe pour pouvoir discerner au mieux la pertinence d'une telle contrainte selon les contextes, le droit français, comme le droit québécois désormais, préfère formuler une interdiction générale et abstraite pour les agents de l'État de porter des signes religieux. Dans une certaine mesure, cette interdiction peut même s'étendre aux usagers du service public. C'est ainsi que, en France, les élèves au primaire, au collège et au lycée se voient imposer une obligation de discrétion vestimentaire pour que ces espaces éducatifs puissent rester pacifiés. Quant au Québec, la *Loi sur la laïcité de l'État* de 2019 contraint désormais les usagers d'un service public, dans certaines circonstances, à interagir à visage découvert, afin que les exigences communicationnelles d'une société libre et démocratiques soient respectées.

540. À partir de sa position d'arbitre, tant au Canada qu'en France, l'État doit aussi intervenir pour protéger le pluralisme, tout en respectant le principe d'égalité entre les individus et les groupes. Toute intervention étatique se révèle alors à risque de créer des déséquilibres. Dans le cadre du multiculturalisme canadien, le mécanisme juridique de la discrimination positive du paragraphe 15(2) de la *Charte canadienne* pose la difficile question de «la discrimination à rebours» lorsque des lois, programmes ou activités soutiennent certains individus ou groupes d'individus, à l'exclusion, voire au détriment d'autres. Quant à la laïcité française, par son passage de la non-reconnaissance des cultes à la non-méconnaissance des religions, elle se heurte, de son côté, au problème de «l'égalité à rebours» lors de la mise en œuvre des mécanismes juridiques visant à soutenir, notamment financièrement, toutes les religions ou à éviter les violences à caractère religieux. En effet, dans l'une et l'autre situation, ces mécanismes doivent, au nom du principe d'égalité, s'appliquer à toutes les religions de la même manière, sans que des distinctions ou des adaptations puissent être réalisées.

541. Au Canada et en France, mais aussi au Québec, face au pluralisme, la posture d'arbitre de l'État se révèle donc des plus exigeantes. Entre obligations négatives et obligations positives, au travers de ses institutions, il se doit de tracer une voie aux multiples obstacles pour maintenir la paix sociale et pour préserver une cohésion fraternelle entre les citoyens, reconnus comme libres et égaux, quelles que soient leurs différences.

Conclusion

542. « Faut-il se ressembler pour s'assembler? » se demandait en 2020 l'anthropologue et sociologue française Nicole Lapierre¹. Le Canada et la France répondent tous deux négativement à cette question, en essayant, grâce à un ordre juridique structurant, de préserver le caractère pluriel de leur société. En effet, ces deux pays, au fil de leur histoire difficile et complexe, se sont efforcés de définir des principes fondamentaux et de formuler des règles juridiques pour protéger la liberté et reconnaître l'égalité des différentes sensibilités, subjectivités et formes de pensée tout en assurant leur coexistence paisible dans un espace commun. C'est d'ailleurs aussi dans cette voie que cherche à s'inscrire le Québec avec l'affirmation de la laïcité de l'État québécois.

543. Caractérisés par ce même effort pour protéger le pluralisme, le multiculturalisme canadien et la laïcité française sont toutefois très souvent opposés. Le premier s'inscrirait dans une logique différentialiste, marquée par la reconnaissance et la survalorisation des identités, notamment minoritaires, constituant une vaste mosaïque nationale, tandis que le second se construirait autour d'une logique universaliste, marquée par un humanisme issu des Lumières en quête d'une fraternité citoyenne résultant du dépassement des multiples singularités composant la société, considérées certes mais aussi strictement encadrées dans leur expression². Dans cette même perspective, il serait sans doute aussi possible d'opposer le multiculturalisme de l'État fédéral canadien avec la laïcité émergente de l'État québécois.

1. Nicole Lapierre, *Faut-il se ressembler pour s'assembler?*, 2020.

2. Pour la genèse de cette distinction, voir Monique Castillo, « Pluralisme culturel et cosmopolitisme kantien », 2008, p. 31-32 : « De nos jours, deux régimes de tolérance opposés viennent mettre en conflit la dimension politique du cosmopolitisme et la dimension culturelle de l'humanisme. D'un côté, il existe une logique de la paix qui continue de se nourrir de l'espérance juridique du cosmopolitisme kantien : elle présuppose que tous les peuples, nonobstant les différences et les inégalités qui les séparent, peuvent convenir de répudier la guerre en lui préférant la voie du débat et du consensus. D'un autre côté, se développe une logique différentialiste de la tolérance, qui place l'identité au-dessus de l'égalité, l'altérité au-dessus de la fraternité et le pluralisme au-dessus de l'universalisme : elle estime que la reconnaissance de l'autre comme un étranger sur le plan culturel constituerait une exigence morale qui serait devenue supérieure à l'humanisme juridique des Lumières. »

544. Dans une certaine mesure, les éléments de comparaison que nous avons pu mettre en évidence entre le droit canadien et le droit français caractérisent ces deux logiques distinctes.

C'est ainsi que la logique différentialiste du droit canadien se manifeste lorsqu'il protège, par le droit individuel à la liberté de conscience et de religion, mais aussi par celui des droits collectifs ancestraux, l'identité de la personne dans sa dimension expérientielle et existentielle mais aussi culturelle et communautaire, tout en reconnaissant qu'elle ne peut être atteinte que de manière minimale lorsqu'il s'agit de protéger plus largement le caractère libre et démocratique de la société canadienne. Cette même logique s'exprime également lors de l'application de l'article 15 de la *Charte canadienne*: au niveau de son paragraphe 15(1) lorsqu'il s'agit de considérer les spécificités de la personne pour aménager, par des accommodements raisonnables, la règle commune entravant l'expression de son identité singulière, même pour les représentants de l'État qui ne sont pas tenus à une neutralité d'apparence dans l'exercice de leurs fonctions; au niveau de son paragraphe 15 (2) lorsqu'est assurée la mise en œuvre de lois, pratiques et activités qui visent, de manière spécifique, à améliorer la situation d'individus ou de groupes d'individus défavorisés en raison de leur identité singulière.

545. Quant au droit français, sa logique universaliste se manifeste de deux manières distinctes au moment de la mise en œuvre du droit à la liberté de conscience et de religion: d'une part, en appréhendant son titulaire de manière générale et abstraite et en le considérant comme un sujet de droit autonome qui choisit ses convictions philosophiques ou religieuses de manière rationnelle par un acte libre de sa volonté individuelle; d'autre part, en limitant ce droit pour tout individu qui en fait un exercice abusif ne respectant pas la liberté d'autrui et l'ordre public. Cette logique universaliste est aussi toute entière exprimée dans l'attachement du droit français à l'égalité formelle assurant, selon l'article 1^{er} de la Constitution de 1958, «l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion» et imposant, au sein des institutions publiques, une stricte neutralité d'apparence aux représentants de l'État et une discrétion vestimentaire aux élèves des écoles publiques pour que l'espace public puisse demeurer égalitaire et pacifié, sans conflit des identités.

546. Toutefois, l'analyse comparée du droit canadien et du droit français montre aussi que le multiculturalisme canadien et la laïcité française ne peuvent se réduire à l'expression de ces deux logiques. Sans doute en raison de leur inscription progressive depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale au sein d'un même ordre juridique international en quête d'une fraternité universelle dans le respect des différences, des rapprochements certains peuvent être établis en ces deux droits.

547. Tout d'abord, en ce qui a trait à la liberté de conscience et de religion, le droit canadien et le droit français reconnaissent la nécessité commune de l'encadrer pour préserver les assises libres et démocratiques de la société.

548. Ensuite, en matière d'égalité, le droit canadien et le droit français sont, en fait, confrontés à une difficulté commune, celle de trouver un équilibre entre l'égalité formelle et l'égalité réelle pour s'assurer de l'intégration de tous et de toutes dans un espace commun fraternel.

549. Si, dans son interprétation de l'article 15 de la *Charte canadienne*, la jurisprudence constitutionnelle canadienne consacre le rôle actif du droit à l'égalité et de la discrimination positive pour corriger les inégalités réelles entre les personnes et les communautés, les traitements singuliers et circonstanciés que ces corrections juridiques impliquent sont à la source de multiples tensions entre les personnes se reconnaissant d'identités distinctes. Finalement, cette situation amène d'ailleurs à envisager la possibilité de reformuler une règle formelle commune permettant *a priori*, dans sa rédaction, l'inclusion de tous et de toutes.

550. Cette difficulté se retrouve aussi en droit français. Si ce droit, pour des raisons historiques, reste très attaché au principe d'égalité formelle pour protéger la possibilité pour le droit étatique de respecter l'appartenance religieuse et culturelle des individus, ce principe se révèle loin d'être absolu. Il connaît des limites géographiques puisqu'il existe, en France, une véritable différence de traitement entre les religions selon la partie du territoire où elles se pratiquent. Sous l'influence des traités européens et internationaux, ce principe rencontre aussi quelques exceptions puisque le droit français intègre peu à peu des mécanismes de lutte contre les discriminations, sans pour autant consacrer la discrimination indirecte et positive. Pour finir, afin de s'assurer du respect de l'égalité entre toutes les convictions, ce principe connaît quelques tempéraments. En effet, si l'État ne reconnaît aucun culte, il n'en méconnaît, pour autant, aucun, ce qui implique une certaine considération de leurs différences, dans certaines circonstances.

551. Enfin, en ce qui concerne le maintien d'un espace public et paisible, le droit canadien et le droit français affirment l'un et l'autre le devoir de neutralité de l'État, impliquant une neutralité de posture, voire d'apparence des représentants de l'État. En même temps, ils consacrent aussi l'obligation pour l'État de s'assurer d'interventions juridiques idoines pour préserver le pluralisme au sein de la société.

552. La comparaison entre le droit canadien et le droit français révèle donc que ni le multiculturalisme canadien ni la laïcité française ne peuvent prétendre être en soi des solutions pour assurer et préserver une société libre, égalitaire et fraternelle, respectueuse de la diversité de ses membres. Il en sera aussi certainement de même avec la laïcité émergente de l'État québécois, qui est enracinée dans une même tradition libérale, comme le droit du multiculturalisme canadien et le droit de la laïcité française, mais également qui est indissociable d'une certaine logique différentialiste, s'exprimant notamment au travers de la *Charte québécoise*. Le Québec devra donc, dans les domaines qui relèvent de sa compétence, trouver une voie d'équilibre entre la protection de l'identité nationale québécoise et le respect des identités singulières qui s'expriment au sein de la société, tout particulièrement lorsqu'elles sont minoritaires.

553. En fait, tous ces modèles, dans les multiples efforts qu'ils déploient pour assurer la paix sociale, se confrontent au même immense défi consistant à faire « coexister sur un même territoire des individus qui ne partagent pas les mêmes convictions »³ et représentations du monde, à la source, depuis toujours, de tensions fortes et d'intenses conflits de toute nature. Dans tous les cas, leur succès reste sans doute indissociable d'une éducation citoyenne à l'histoire, à la culture de l'autre et à la complexité des interactions interculturelles et interreligieuses. Fondamentalement, dans un État multiculturel ou dans un État laïque, c'est de cette façon que les citoyens et les citoyennes peuvent réussir à échanger, à argumenter, à débattre en respectant une éthique de la discussion marquée par le respect indéfectible de la dignité de l'autre, de son intégrité physique, psychologique, morale et sociale, permettant, en toutes circonstances, de se reconnaître *Soi-même comme un Autre*⁴.

3. André Philip cité par Régis Debray dans plusieurs de ses interventions sur la laïcité.

4. Paul Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, 1996.

Bibliographie

1. Texte international

Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée le 10 décembre 1948 à Paris par l'Assemblée Générale des Nations Unies, Résolution 217 A (III), A/RES/217(III).

2. Textes constitutionnels, légaux et réglementaires

2.1. Textes canadiens et québécois

Acte qui règle plus solidement le Gouvernement de la Province de Québec dans l'Amérique Septentrionale (R.-U.), 1774, 14 Geo. III, c. 83, reproduit dans L.R.C. 1985, annexe II, n°2.

Acte constitutionnel de 1791, (R.U.), 1791, 31 Geo. III, c. 31, reproduit dans L.R.C. 1985, annexe II, n°3.

Acte pour déclarer que les Personnes qui professent le Judaïsme ont le bénéfice de tous les droits et privilèges des autres sujets de Sa Majesté en cette Province, (B.-Can.), 1832, 1 Guil. IV, c. 56-57.

Slavery Act, 1833: 3 & 4 Will. IV c. 73.

Acte pour abroger cette partie de l'Acte du Parlement de la Grande-Bretagne passé dans la trente-unième année du règne du Roi George Trois, chapitre trente-un, qui se rapporte aux Rectoreries et à la nomination des titulaires à icelles, et pour d'autres fins liées aux dites Rectoreries, (Can.), 1852, 14 & 15 Vict., c. 175.

Loi constitutionnelle de 1867 (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n°5.

Loi ayant pour objet de conférer le droit de suffrage aux femmes, Statuts du Canada 1918, c. 20.

Loi accordant aux femmes le droit de vote et d'éligibilité, Statuts du Québec, 1940, c. 7.

Loi sur le dimanche, S.R.C. 1970, c. L-13.

Loi concernant le statut des langues officielles du Canada, 1970, S.R.C., c 0-2.

Charte des droits et libertés de la personne, R.L.R.Q., c C-12.

Charte canadienne des droits et libertés, édictée comme l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.U.).

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

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, c. H-6.

Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, c. 31 (4^e suppl.).

Loi sur la citoyenneté, L.R.C. 1985, c. C-29.

Loi sur la statistique, L.R.C. 1985, c. S-19.

Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, c. I-5.

Loi sur les pêches, L.R.C. 1985, c. F14.

Règlement de la Gendarmerie royale du Canada, DORS/88-361, 1988, modifié en mars 1990.

Child and Family Services Act, R.S.O. 1990, c. C.11.

Loi sur les services de santé et les services sociaux, R.L.R.Q., c. S-4.2.

Code civil du Québec, R.L.R.Q. c. CCQ-1991

Règlement sur la citoyenneté, DORS/93-246, 1993

Règlement sur les permis de pêche communautaires des Autochtones, DORS/93-332, 1993.

Metis Settlement Act, R.S.A, 2000, c. M-14.

Loi modifiant la Loi sur les langues officielles (promotion du français et de l'anglais), L.C. 2005, c. 41.

Loi sur les services de garde éducatifs à l'enfance, c. S-4.1.1.

Loi favorisant le respect de la neutralité religieuse de l'État et visant notamment à encadrer les demandes d'accommodements pour un motif religieux dans certains organismes, L.Q. 2017, c 19.

Loi sur la laïcité de l'État, R.L.R.Q., c. L-0.3.

2.2. Textes français

Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, 26 août 1789.

Ordonnance du Roi concernant le gouvernement de la Guyane française, 27 août 1828.

Loi du 14 novembre 1881 sur la neutralité des cimetières.

Loi française du 15 novembre 1887 sur la liberté de funérailles.

Loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association.

- Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État.*
- Loi locale du 19 avril 1908 sur les associations (articles 21 à 79 du Code civil local).*
- Circulaire du 1^{er} juillet 1936 relative au port des insignes politiques et religieux dans les établissements d'enseignement.*
- Circulaire du 31 décembre 1936 sur l'absence d'agitation politique et la laïcité dans les écoles.*
- Circulaire du 15 mai 1937 relative à l'interdiction du prosélytisme et de la propagande politique et religieuse dans les établissements d'enseignement.*
- Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.*
- Constitution française du 4 octobre 1958.*
- Loi n° 72-546 du 1 juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme.*
- Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse.*
- Loi du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales.*
- Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, organisation décentralisée de la République.*
- Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française.*
- Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics.*
- Circulaire du 18 mai 2004 relative à la mise en œuvre de la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics.*
- Circulaire du 19 février 2008 relative à la police des lieux de sépulture.*
- Décret n° 2008-328 du 9 avril 2008 portant création d'un comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution.*
- Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.*
- Ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître.*

Projet de loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, projet de loi n°675, adopté en 1^{ère} lecture par l'Assemblée nationale française, 13 juillet 2010.

Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

Loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste.

Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

Loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République.

2.3. Textes européens

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rome, 4 novembre 1950.

Traité sur l'Union européenne, 7 février 1992.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2000/C 364/01, Nice, 7 décembre 2000.

Directive 78/2000/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

3. Jurisprudence

3.1 Jurisprudence canadienne et québécoise

Alberta (Affaires autochtones et des développements du Nord) c. Cunningham, [2011] 2. R.C.S. 670.

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

Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143.

Behn c. Moulton Contracting Ltd., [2013] 2 R.C.S. 227.

- Bhinder c. CN*, [1985] 2 R.C.S. 561.
- Bruker c. Marcovitz*, [2007] 3 R.C.S. 607.
- Caldwell et autres c. Stuart et autres*, [1984] 2 R.C.S. 603.
- Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Commission des droits de la personne)*, [1990] 2 R.C.S. 489.
- Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970.
- Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, [2007] 1 R.C.S. 161.
- Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, [2018] 2 R.C.S. 687.
- Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834.
- CN c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114.
- Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3.
- Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Gaz métropolitain inc.*, 2008 QCTDP 24, [2009] R.J.Q. 487.
- Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202.
- Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536.
- Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525.
- Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, [2004] 2 RCS 650.
- Conseil des juifs hassidiques du Québec c. Procureur général du Québec*, 2021 QCCS 281.
- École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 613.
- Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712.
- Gaz métropolitain inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201.
- Grant c. Canada (Procureur général)*, [1995] 1 C.F. 158.
- Grant c. Canada (Procureur général)* (1995) 125 D.L.R. (4th) 556 (C.A.F.).
- Hak c. Procureur général*, 2021 QCCS 1466.
- Hamilton Health Sciences Corp. v. D.H.*, 2014 ONCJ 603.

- Hamilton Health Sciences Corp. v. D.H.*, 2015 ONCJ 229.
- Joulani-Varzeghani c. SDC Le Frontenac II*, 2021 QCTDP 16.
- Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, [2017] 2 R.C.S. 386.
- Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497
- Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950.
- Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, [2015] 2 R.C.S. 3.
- Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256.
- Organisation mondiale sikhe du Canada c. Procureur général du Québec*, 2024 QCCA 254.
- Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, [2015] 2 R.C.S. 789.
- R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.
- R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.
- R. c. Elrick*, [1983] O.J. No. 515 (H.C.).
- R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483.
- R. c. Lin*, [1995] B.C.J. No. 982 (C.S.).
- R. v. Marsh*, 2014 B.C.P.C. 235, CarswellBC 3052.
- R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.
- R. c. N.S.*, [2012] 3 R.C.S. 726.
- R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.
- R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207.
- R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484.
- R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.
- R. c. Stark*, [1994] O.J. No. 406 (QL).
- R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507.
- Saumur c. Ville de Québec*, [1953] 2 R.C.S. 299.
- Saumur et al. v. Procureur général du Québec*, [1964] S.C.R. 252.
- S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, [2012] 1 R.C.S. 235.
- Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551.

Zunera Ishaq c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, [2015] 4 R.C.S.F. 297.

3.2. Jurisprudence française

Conseil constitutionnel français, décision n° 86-217 DC, 18 septembre 1986.

Conseil constitutionnel français, décision n° 95-369 DC, 28 décembre 1995.

Conseil constitutionnel français, décision n° 2001-446 DC, 27 juin 2001.

Conseil constitutionnel, décision n° 2004-490 DC, 12 février 2004.

Conseil constitutionnel français, décision n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004.

Conseil constitutionnel français, décision n° 2005-521 DC, 22 juillet 2005.

Conseil constitutionnel français, décision n° 2011-157 QPC, 5 août 2011.

Conseil constitutionnel français, décision n° 2012-274 QPC, 28 septembre 2012.

Conseil constitutionnel français, décision n° 2012-297 QPC, 21 février 2013.

Conseil constitutionnel français, décision n° 2017-633 QPC, 2 juin 2017.

Conseil constitutionnel français, décision n° 2017-695 QPC, 29 mars 2018.

Conseil constitutionnel français, décision n° 2018-717/718 QPC, 6 juillet 2018.

Conseil d'État, 19 février 1909, n° 27355, publié au recueil Lebon.

Conseil d'État, 21 janvier 1910, n° 28824, publié au recueil Lebon.

Conseil d'État, 10 août 1917, n° 59855, publié au recueil Lebon.

Conseil d'État, avis n° 185107, 13 décembre 1923, inédit au recueil Lebon.

Conseil d'État, 28 avril 1938, n° 59.549, publié au recueil Lebon.

Conseil d'État, 9 octobre 1981, n° 11151, publié au recueil Lebon.

Conseil d'État, 16 juin 1982, n° 23276 et n° 23277, mentionné aux tables du recueil Lebon.

Conseil d'État, 21 janvier 1983, n°32350, publié au recueil Lebon.

Conseil d'État, 17 juin 1988, n°63912, publié au recueil Lebon.

Conseil d'État, avis n° 346893, 27 novembre 1989, inédit au recueil Lebon.

- Conseil d'État, 16 décembre 1992, n° 96459, inédit au recueil Lebon.
- Conseil d'État, 13 janvier 1993, n°115474, publié au recueil Lebon.
- Conseil d'État, 20 mai 1996, n° 170398, inédit au recueil Lebon.
- Conseil d'État, 12 février 1997, n° 125893, mentionné aux tables du recueil Lebon.
- Conseil d'État, 28 mars 1997, n° 179049, n°179050 et n°179054, publié au recueil Lebon.
- Conseil d'État, avis n° 187122, 24 octobre 1997, publié au recueil Lebon.
- Conseil d'État, avis n° 217017, 3 mai 2000, publié au recueil Lebon.
- Conseil d'État, 27 juillet 2001, n° 216903, publié au recueil Lebon.
- Conseil d'État, 26 octobre 2001, n° 198546, publié au recueil Lebon.
- Conseil d'État, 16 février 2004, n° 264314, mentionné aux tables du recueil Lebon.
- Conseil d'État, 16 mars 2005, n° 265560, publié au recueil Lebon.
- Conseil d'État, 27 juillet 2005, n° 259806, publié au recueil Lebon.
- Conseil d'État, 15 décembre 2006, n° 289946, publié au recueil Lebon.
- Conseil d'État, 27 juin 2008, n°286798, mentionné dans les tables du recueil Lebon.
- Conseil d'État, 11 avril 2012, n° 322326, publié au recueil Lebon.
- Conseil d'État, 20 mars 2013, n° 354547, inédit au recueil Lebon.
- Conseil d'État, 15 octobre 2014, n° 369965, mentionné aux tables du recueil Lebon.
- Conseil d'État, 10 février 2016, n° 385929, publié au recueil Lebon.
- Conseil d'État, 26 septembre 2016, n° 403578, mentionné dans les tables du recueil Lebon.
- Conseil d'État, 11 avril 2018, n° 412462, mentionné aux tables du recueil Lebon.
- Conseil d'État, 21 juin 2022, n°464648, Inédit au recueil Lebon.
- Cour administrative d'appel de Lyon, 23 octobre 2018, n° 17LY03323 et n° 17LY03328, inédit au recueil Lebon.
- Cour administrative d'appel de Paris, 22 mars 2001, n° 99PA02621, inédit au recueil Lebon.
- Cour d'appel d'Orléans, 23 janvier 1992, J.C.P. 1993.11.22065, note E. de Montredon.

- Cour de cassation, Assemblée plénière, 19 mai 1978, n° 76-41.211, publié au bulletin.
- Cour de cassation, Chambre sociale, 24 mars 1998, n° 95-44.738, publié au bulletin.
- Cour de cassation, Chambre criminelle, 8 mars 2005, n° 04-81.226, inédit au bulletin.
- Cour de cassation, Chambre sociale, 22 novembre 2017, n° 13-19.855, publié au bulletin.
- Tribunal correctionnel de Bordeaux, 22 juillet 1909.
- Tribunal administratif de Marseille, 1^{er} octobre 1996, n° 963523 et n° 963524.
- Tribunal administratif de Paris, 17 octobre 2002, n° 0101740/5.
- Tribunal administratif de Paris, 13 mai 2004, n° 0411210/9.
- Tribunal administratif de Paris, 23 novembre 2012, n° 1211193.
- Tribunal administratif de Grenoble, 25 mai 2022, n° 2203163.
- Tribunal des conflits, 2 juin 1908, Girodet c. Morizot, n° 2022, Rec. 597.

3.3. Jurisprudence européenne

- Cour de Justice de l'Union Européenne, *Bouagnaoui et Association de défense des droits de l'homme (ADDH) c Micropole SA*, n° C-188/15, 14 mars 2017.
- Cour de Justice de l'Union Européenne, *Samira Achbita c. G4S Secure Solutions*, n° C-157/15, 14 mars 2017.
- Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Association culturelle du temple pyramide c. France*, n° 50471/07, 31 janvier 2013.
- Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Association des chevaliers du lotus d'or c. France*, n° 50615/07, 31 janvier 2013.
- Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Ebrahimiam c. France*, n° 64846/11, 26 novembre 2015.
- Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Francesco Sessa c. Italie*, n° 28790/08, 3 avril 2012.
- Cour Européenne des Droits de l'Homme, *İzzettin Doğan et autres c. Turquie*, n° 62649/10, 26 avril 2016.
- Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Jakóbski c. Pologne*, n° 18429/06, 7 décembre 2010.

Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Obst c. Allemagne*, n° 425/03, 23 septembre 2010.

Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Osmanoğlu et Kocabaş c. Suisse*, n° 29086/12, 10 janvier 2017.

Cour Européenne des Droits de l'Homme, *S.A.S. c. France*, n° 43835/11, 1er juillet 2014.

Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Sukyo Mahikari France c. France*, n° 41729/09, 8 janvier 2013.

3.4. Autre jurisprudence

Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, *Christian Education South Africa c. Minister of Education*, 10 B. C. L.R. 1051, 18 août 2000.

4. Ouvrages

4.1. Monographies

Arendt, Hannah, *Les origines du totalitarisme. L'impérialisme*, Paris, Fayard, 1982.

Avon, Dominique, *La liberté de conscience: histoire d'une notion et d'un droit*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2020.

Borgetto, Michel, *La devise « Liberté, Égalité, Fraternité »*, Paris, Presses Universitaires de France, 1997.

Condorcet, *Cinq mémoires sur l'instruction publique (1791)*, Présentation, notes, bibliographie et chronologie par Charles Coutel et Catherine Kintzler, Paris, Garnier-Flammarion, 1994.

Cornu, Gérard, *Vocabulaire juridique. Association Henri Capitant*, Paris, Presses Universitaires de France, 2007.

Deumier, Pascale, *Introduction générale au droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2013.

Durkheim, Émile, *Les formes élémentaires de la vie religieuse. Le système totémique en Australie*, Paris, Presses Universitaires de France, 2008.

Gauchet, Marcel, *Parcours de la laïcité. La religion dans la démocratie*, Paris, Gallimard, 1998.

Hauriou, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 1965.

- Hennette-Vauchez, Stéphanie, *L'école et la république. La nouvelle laïcité scolaire*, Paris, Dalloz, 2023.
- Hermet, François, *Mayotte. État des lieux, enjeux et perspectives. Regards croisés sur le dernier-né des départements français*, Paris, L'Harmattan, 2015.
- Hogg, Peter W., *Constitutional Law of Canada, Scarborough*, Thomson Carswell, 2007.
- Kymlicka, Will, *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit des minorités*, Montréal, Boréal, 2017.
- Landheer-Cieslak, Christelle, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, Cowansville, Éditions Yvon Blais (collection Minerve), Bruxelles, Éditions Bruylant, 2007.
- Lapierre, Nicole, *Faut-il se ressembler pour s'assembler?* Paris, Seuil, 2020.
- Lapointe-Gagnon, Valérie, *Panser le Canada. Une histoire intellectuelle de la commission Laurendeau-Dunton*, Montréal, Boréal, 2018.
- May, Paul, *Philosophies du multiculturalisme*, Paris, Presses de Sciences Po, 2016.
- Monier, Frédéric, *Le Front populaire*, Paris, La Découverte, 2002.
- Morin, Edgar, *La tête bien faite. Repenser la réforme, réformer la pensée*, Paris, Seuil, 1999.
- Obadia, Lionel, *L'anthropologie des religions*, Paris, La Découverte, 2012.
- Patočka, Jan, *Essais hérétiques sur la philosophie de l'histoire*, traduit par Erika Abrams, Lagrasse, Verdier, 1999.
- Perry, Ralph Barton, *Puritanism and Democracy*, New York, Vanguard Press, 1944.
- Philip-Gay, Mathilde, *Droit de la laïcité*, Paris, Ellipses, 2^{ème} édition, 2024.
- Raynaud, Philippe, *La laïcité. Histoire d'une singularité française*, Paris, Gallimard, 2019.
- Ricoeur, Paul, *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1996.
- Rousseau, Jean-Jacques, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, Paris, Union Générale d'Éditions, 1963.
- Sheppard, Colleen, *Inclusive Equality. The Relational Dimensions of Systemic Discrimination in Canada*, Montréal, Presses Universitaires McGill-Queen's, 2010.
- Stuart Mill, John, *De la liberté (1859)*, traduit par Fabrice Pataut, Paris, Presses Pocket, 1990.

Taylor, Charles, *The Malaise of Modernity*, Toronto, CBC Massey lectures series, 1991.

Taylor, Charles, *Grandeur et misère de la modernité*, Montréal, Bellarmin, 1992.

Taylor, Charles, *Multiculturalism and "the Politics of Recognition"*, Princeton, Princeton University Press, 1992.

Taylor, Charles, *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, Paris, Flammarion, 1994.

4.2. Ouvrages collectifs

Alland, Denis et Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 2003.

Brun, Henri, Pierre Brun et Fannie Lafontaine, *Chartes des droits de la personne: législation, jurisprudence, doctrine*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2010.

Issalys, Pierre et Denis Lemieux, *L'action gouvernementale. Précis de droit des institutions administratives*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2020.

Maclure, Jocelyn et Charles Taylor, *Laïcité et liberté de conscience*, Montréal, Boréal, 2010.

Messner, Francis (dir.), *Dictionnaire du droit des religions*, Paris, CNRS, 2011.

Messner, Francis, Pierre-Henri Prélôt et Jean-Marie Woehrling. *Traité de Droit des religions*, Paris, LexisNexis, 2013.

Renoux, Thierry-Serge et Michel de Villiers (dir), *Code constitutionnel*, Paris, LexisNexis, 2013.

5. Chapitres d'ouvrages et articles publiés dans des ouvrages collectifs

Bosset, Pierre, « Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement », dans Myriam Jézéquel (dir.), *Les accommodements raisonnables: quoi? comment? jusqu'où? Des outils pour tous*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 3-28.

Bosset, Pierre, « Chapitre 16. Le port des signes vestimentaires religieux dans l'appareil d'État » dans Stéphane Bernatchez et Pierre Noël (dir.), *Droit des religions*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2024, p. 719-750.

Bouchard, Gérard « Accommodements raisonnables et ajustements concertés. La pratique et ses fondements dans l'interculturalisme québécois », dans

- Pascal Courtade et Isabelle Saint-Martin (dir.), *L'expression du religieux dans la sphère publique: comparaisons internationales*, Paris, La Documentation française, 2016, p. 93-105.
- Castillo, Monique, « Pluralisme culturel et cosmopolitisme kantien », dans Yves Charles Zarka et Caroline Guibet-Lafaye (dir.), *Kant cosmopolitique*, Paris, Éditions de l'Éclat, 2008, p. 31-46.
- Kymlicka, Will, « Chapitre 3. Redéfinir les conditions d'intégration » dans *La voie canadienne. Repenser le multiculturalisme*, Montréal, Éditions Boréal, 2003, 65-96.
- Lampron, Louis-Philippe, « Chapitre 7. Liberté de conscience et de religion », dans Stéphane Beaulac et Jean-François Gaudreault-Desbiens (dir.), *JurisClasseur Québec – Droit constitutionnel*, Toronto, LexisNexis, 2016, fasc. 6.
- Lampron, Louis-Philippe, « L'objet de protection de la liberté de conscience et de religion : les convictions structurantes pour l'individu » dans Stéphane Bernatchez et Pierre Noël (dir.), *Droit des religions*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2024, p. 351-372
- Landheer-Cieslak, Christelle et Mathilde Philip-Gay, « Chapitre 9. Le multiculturalisme libéral canadien et la laïcité républicaine française: en quête d'un équilibre entre égalité formelle et égalité réelle », dans Stéphane Bernatchez et Pierre Noël (dir.), *Droit des religions*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2024, p. 405-458.
- Leclair, Jean et Michel Morin, « *Peuples autochtones et droit constitutionnel* », dans *Jurisclasseur Québec, – Droit constitutionnel*, Montréal, LexisNexis, 2021, fasc. 15.
- Lévi-Strauss, Claude, « Le Père Noël supplicié », dans *Les Temps Modernes*, n°77, Paris, Gallimard, 1952, p. 1572-1590.
- Lévi-Strauss, Claude, « Le totémisme aujourd'hui » dans *Œuvres*, Édition établie par Vincent Debaene, Frédéric Keck, Marie Mauzé et Martin Rueff, Paris, Gallimard, 2008, p. 447-551.
- Messner, Francis, « Régime des cultes. Organisation et institutions des cultes statutaires et non statutaires et congrégations », dans *Jurisclasseur Alsace-Moselle*, Paris, Éditions techniques, 1999, fasc. 231.
- Montpetit Manon et Stéphane Bernatchez, « Chapitre 8. Le principe d'accommodement raisonnable en matière religieuse », dans Stéphane Bernatchez et Pierre Noël (dir.), *Droit des religions*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2024, p. 373-404.

- Morin, Alexandre, « Charte canadienne: application et structure d'une cause » dans Stéphane Beaulac et Jean-François Gaudreault-Desbiens (dir.), *JurisClasseur Québec - Droit constitutionnel*, Montréal, LexisNexis, 2011, fasc. 5.
- Proulx, Daniel, « Le droit à l'égalité », dans *JurisClasseur Québec - Droit constitutionnel*, Montréal, LexisNexis Canada, 2018, fasc. 9.
- Ricoeur, Paul, « Autonomie et vulnérabilité », dans *Le Juste 2*, Paris, Éditions Esprit, 2001, p. 85-106.
- Tarnopolsky, Walter S., « The Equality Rights (Ss. 15, 27 and 28) » dans Walter S. Tarnopolsky et Gérard-A. Beaudoin (dir.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary*, Toronto, Carswell, 1982, 395-440.
- Trudeau, Pierre Elliott, « Des valeurs d'une société juste » dans Thomas S. Axworthy et Pierre Elliot Trudeau (dir.), *Les années Trudeau: La recherche d'une société juste*, Montréal, Le Jour, 1990, p. 381-396.
- Vanderlinden, Jacques, « Les pluralismes juridiques », dans Edwige Rude-Antoine et Geneviève Chrétien-Vernicos (dir.), *Anthropologies et droits. État des savoirs et orientations contemporaines*, Paris, Dalloz, 2009, p. 25-76.
- Willaime, Jean-Paul, « Chapitre III. Le religieux contemporain au miroir de la sociologie » dans Jean-Paul Willaime, *Sociologie des religions*, collection Que sais-je?, Paris, Presses Universitaires de France, 2021, p. 61-88.
- Willaime, Jean-Paul, « Chapitre V. Pour un cadrage sociologique de la religion » dans Jean-Paul Willaime, *Sociologie des religions*, Paris, Presses Universitaires de France, 2021, p. 113-124.

6. Articles publiés dans des revues

- Amiriaux, Valérie et Jean-François Gaudreault-Desbiens (2016), « Libertés fondamentales et visibilité des signes religieux en France et au Québec: entre logiques nationales et non nationales du droit ? », *Recherches socio-graphiques*, vol. 57, n° 2-3, p. 351-378.
- Bégin, Luc (2004), « L'internationalisation des droits de l'Homme et le défi de la « contextualisation » », *Revue interdisciplinaire d'Études juridiques*, vol. 53, n° 2, p. 63-80.
- Bernatchez, Stéphane (2013), « Les fondements philosophiques et théoriques de la Charte canadienne des droits et libertés », *Revue de Droit de la Cour Suprême*, vol. 61, n°2, p. 47-81.

- Bernatchez, Stéphane (2010), « Les rapports entre le droit administratif et les droits et libertés: la révision judiciaire ou le contrôle constitutionnel? », *Revue de droit de McGill*, vol. 55, n°3, p. 641-660.
- Bhabha, Faisal (2009), « Between Exclusion and Assimilation: Experimentalizing Multiculturalism », *Revue de droit de McGill*, vol. 54, p. 45-90.
- Blanchy, Sophie et Yves Moatti (2012), « Le statut civil de droit local à Mayotte: une imposture ? », *Droit et société*, vol. 80, p. 117-139.
- Bobineau, Olivier (2012), « La spécificité du régime français de laïcité. Grilles de lecture à partir des sciences humaines », *Revue d'éthique et de théologie morale*, vol. 2, n° 269, p. 49-74.
- Bock-Côté, Mathieu (2009), « Le multiculturalisme d'État et l'idéologie antidiscriminatoire », *Recherches sociographiques*, vol. 50, n° 2, p. 348-363.
- Bouchard, Gérard (2011), « Qu'est-ce que l'interculturalisme? », *Revue de droit de McGill*, vol. 56, n°2, p. 395-433.
- Cadou, Éléonore (2005), « Le statut de l'enfant dans l'Océan indien: l'enfant mahorais », *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 57, n° 2, p. 291-343.
- Caillé, Alain (2017), « Du religieux. Esquisse d'une grammaire en clé de don », *Revue du MAUSS*, vol. 49, n°1, p. 185-217.
- Courtois, Charles-Philippe (2010), « La nation québécoise et la crise des accommodements raisonnables: bilan et perspectives », *Revue internationale d'études canadiennes*, n°42, p. 283-306.
- Courtois, Stéphane (2007), « La politique du multiculturalisme est-elle compatible avec le nationalisme québécois? », *Globe*, vol. 10, n°1, p. 53-72.
- Dabby, Dia (2020), « Mapping Multiculturalism by/before the Courts », *Revue de Droit de la Cour Suprême*, vol. 99, n°2, p. 307-332.
- Day, Shelah et Gwen Brodsky (1996), « The Duty to Accommodate: Who Will Benefit? », *Revue du barreau canadien*, vol. 75, n°3, p. 433-473.
- Delgrange, Xavier, et Sébastien Van Drooghenbroeck (2019), « Le principe de proportionnalité: retour sur quelques espoirs déçus », *Revue du droit des religions*, n°7, p. 41-61.
- Dieu, Frédéric (2009), « Convictions religieuses et ajustements de la norme commune: raideur théorique et souplesse jurisprudentielle », *Revue du droit des religions*, n° 7, p. 81-108.

- Fondimare, Elsa (2016), «La difficile appréhension juridictionnelle des discriminations indirectes fondées sur le sexe», *Revue des droits de l'homme*, n°9, <<https://doi-org.acces.bibl.ulaval.ca/10.4000/revdh.2055>>.
- Gauthier, François (2017), «Religieux, religion, religiosité», *Revue du MAUSS*, vol. 4, n°1, p. 167-184.
- Gilles, David (2013), «Confronter les normes aux revendications religieuses: les débats judiciaires à Montréal (1764-1900)», *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, Numéro spécial «SoDRUS», p. 49-99.
- Gonthier, Charles D., (2000), «Liberty, Equality, Fraternity: The Forgotten Leg of the Trilogy, or Fraternity: The Unspoken Third Pillar of Democracy», *Revue de Droit de McGill*, vol. 45, p. 567-589.
- Guénette, Dave et Félix Mathieu (2020), «Le Québec face à la vision Trudeau – La question des nations minoritaires et de leur fragilité», *Revue de Droit de la Cour Suprême*, vol. 99, n°2, p. 213-236.
- Guilloteau, Laetitia (2013), «La lutte contre les discriminations confrontée au principe de neutralité du service public de l'éducation», *Actualité Juridique du Droit Administratif*, n° 7, p. 427-432.
- Hervieu-Leger, Danièle (2003), «La religion, mode de croire», *Revue du MAUSS*, vol. 22, n°2, p. 144-158.
- Jeanneney, Julien (2021), «La résurgence des fermetures punitives de lieux de culte», *Revue française de droit administratif*, vol. 37, n°3, p. 519-533.
- Jedwad, Jack (2003), «To Preserve and Enhance: Canadian Multiculturalism Before and After the Charter», *Revue de Droit de la Cour Suprême*, vol. 19, n° 2, p. 309-344.
- Kymlicka, Will (2015), «Tester les limites du multiculturalisme libéral ? Le cas des tribunaux religieux en droit familial», *Éthique publique*, vol. 9, n° 1, <<https://doi-org.acces.bibl.ulaval.ca/10.4000/ethiquepublique.1781>>.
- Landheer-Cieslak, Christelle (2006), «L'égalité des identités religieuses: principe ou finalité pour les juges français et québécois de droit civil?», *Revue des Cahiers de droit*, vol. 47, n° 2, p. 241-317.
- Landheer-Cieslak, Christelle (2012), «Appliquer «en harmonie» le droit civil québécois et la liberté fondamentale de religion: quelques réflexions juridiques et éthiques pour une relecture de *Syndicat Northcrest c. Amselem*», *Revue québécoise de droit constitutionnel*, vol. 4, numéro spécial «La hiérarchie des droits fondamentaux et les accommodements religieux», p. 87-127.
- Lapointe-Gagnon, Valérie (2016), «Les origines intellectuelles de la commission Laurendeau-Dunton: de la présence d'une volonté de dialogue entre

- les deux peuples fondateurs du Canada au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, 1945-1965 », *Revue d'histoire intellectuelle et culturelle*, vol. 14-15, n° 2-1, p. 131-173.
- Lavoie, Bertrand (2016), « La tension sociojuridique entre laïcité et multiculturalisme: Le bijuridisme comme clé de compréhension des débats québécois sur le rapport entre le droit et la religion », *Recherches sociographiques*, vol. 57, n°2-3, p. 333-349.
- Lessard, Hester (2011), « Book Review: Inclusive Equality. The Relational Dimensions of Systemic Discrimination in Canada », *Journal de Droit d'Osgoode Hall*, vol. 49, n° 1, p. 159-165.
- Levade, Anne (2004), « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Revue Pouvoirs*, n° 111, p. 55-71.
- Libchaber, Rémy (2003), « Aspects du communautarisme: fait et droit religieux au regard du droit », *Revue trimestrielle de droit civil*, n° 4, p. 575-580.
- Lochak, Daniel (2020), « Les identités saisies par le droit: quelles identités? quelle protection? », *Revue du droit des religions*, n°10, p.15-31.
- McGill, Jena (2017), « Ameliorative programs and the charter: Reflections on the section 15(2) landscape since *R v Kapp* », *The Canadian Bar Review*, vol. 95, n°1, p. 214-250.
- Montpetit, Manon, et Stéphane Bernatchez (2019), « Le principe d'accommodement raisonnable en matière religieuse », *Revue du droit des religions*, n° 7, p. 13-40.
- Morin, Christine (2014), « Les funérailles. Réflexions sur les conséquences du passage d'une responsabilité familiale vers une obligation successorale », *Revue Juridique Thémis de l'Université de Montréal*, vol. 48, n° 3, p. 735-764.
- Otis, Ghislain (2005) « La gouvernance autochtone avec ou sans la Charte canadienne? », *Revue de Droit d'Ottawa*, vol. 36, n° 2, 207-257.
- Otis, Ghislain (2006), « Territorialité, personnalité et gouvernance autochtone », *Les Cahiers de droit*, vol. 47, n°4, p. 781-814.
- Otis, Ghislain (2007), « L'autonomie personnelle au cœur des droits ancestraux: *sub qua lege vivis* », *Revue de Droit de McGill*, vol. 52, p. 657-679.
- Otis, Ghislain (2014), « L'autonomie gouvernementale autochtone et l'option de loi en matière de statut personnel », *Les Cahiers de droit*, vol. 55, n° 3, p. 583-618.
- Philip-Gay, Mathilde (2018), « Lostentatoire dans l'application du principe de laïcité », *Revue française de droit administratif*, n° 4, p. 613-623.

- Philip-Gay, Mathilde (2018), « Valeurs de la République et islam à Mayotte », *Revue du droit des religions*, n°6, p. 59-76.
- Philip-Gay, Mathilde (2021), « Le libre exercice du culte », *Actualité juridique Droit administratif*, n° 36, p. 2078.
- Portier, Philippe et Jean Baudouin (2018), « La laïcité française. Approche d'une métamorphose », *Vie sociale*, vol. 1, n° 21, p. 11-34.
- Prélot, Pierre-Henri (2012), « Les signes religieux et la loi de 1905. Essai d'interprétation de la loi portant interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public à la lumière du droit français des activités religieuses », *Société, Droit et Religion*, vol. 2, n° 1, p. 25-46.
- Proulx, Daniel (1980), « Égalité et discrimination dans la Charte des droits et libertés de la personne. Étude comparative », *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 10, p. 381- 568.
- Proulx, Daniel (2015), « Le droit à l'égalité, pierre angulaire de la Charte des droits et libertés de la personne », *Revue québécoise de droit international*, numéro spécial « Mélanges en l'honneur de Jacques-Yvan Morin », p. 61-79.
- Puppinck, Grégor (2016), « Objection de conscience et droits de l'homme: Essai d'analyse systématique », *Société, droit et religion*, vol. 1, n° 6, p. 209-275.
- Rocher, François et Nikola Brassard-Dion (2017), « L'interprétation Multiforme du Multiculturalisme par les Tribunaux Canadiens (1981-2015) », *Revue canadienne droit et société*, vol. 32, n° 3, p. 307-328.
- Rousseau, Dominique (2012), « L'objet de la Constitution, ce n'est pas l'État, mais la société », *Critique*, vol. 5, n° 780, p. 428-442.
- Taillon, Patrick (2022), « La Loi sur la laïcité de l'État. La formalisation d'un compromis politique québécois » dans Stéphane Bernatchez (dir.), *De quelques états de la laïcité*, *Revue du droit des religions*, n° 14, p. 35-55.
- Sander, Éric (2017), « Brèves considérations sur l'histoire de l'enseignement religieux à l'école publique en Alsace-Moselle », *Revue du droit local*, n° 81, p. 3-4.
- Shehata, Adam M. (2016), « Newfoundland Aboriginal Right to Pursue Traditional Medicine », *University of Toronto Medical Journal*, vol. 94, n°1, 38-41.
- Sossin, Lorne (2003), « The "Supremacy of God", Human Dignity and the Charter of Rights and Freedoms », *Revue de Droit de l'Université du Nouveau-Brunswick*, vol. 52, p. 227- 241.

- Tremblay, Luc B. (2012), «Le principe de proportionnalité dans une société démocratique égalitaire, pluraliste et multiculturelle», *Revue de Droit de McGill*, vol. 57, n° 3, p. 429-471.
- Weinstock, Daniel (2007), «La «crise» des accommodements au Québec : hypothèses explicatives», *Éthique publique*, vol. 9, n° 1.
- Woehrling, José (1998), «L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse», *Revue de droit de McGill*, vol. 43, p. 325-401.

7. Rapports, mémoires et documents gouvernementaux

7.1. Au Canada

- Abella, Rosalie S., *Égalité en matière d'emploi : rapport d'une commission royale*, rapport public, Ottawa, Commission sur l'égalité en matière d'emploi, 1984.
- Assemblée Nationale du Québec, *Projet de loi n° 60 : Charte affirmant les valeurs de laïcité et de neutralité religieuse de l'État ainsi que d'égalité entre les femmes et les hommes et encadrant les demandes d'accommodement*, projet de loi, Québec, Parlement du Québec, 40^e législature, 1^{ère} session, <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-60-40-1.html>>.
- Aubouin, Michel, *Audition par la Commission d'enquête sur les réponses apportées par les autorités publiques au développement de la radicalisation islamiste et les moyens de la combattre*, présidée par Nathalie Delattre, Sénat, 3 mars 2020 (audition sous serment).
- Bouchard, Gérard et Charles Taylor, *Fonder l'avenir. Le temps de la conciliation*, rapport public, Québec, Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, 2008.
- Brousseau, Laurence et Michael Dewing, *Le multiculturalisme canadien*, Étude générale, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 2018.
- Chambre des communes du Canada, *M-103 racisme systémique et la discrimination religieuse*, motion, déposée par Iqra Khalid, Ottawa, Parlement du Canada, adoptée le 23 mars 2017, 42^{ème} législature, 1^{ère} session <<https://www.noscommunes.ca/members/fr/88849/motions/8661986>>.
- Chambre des communes du Canada, *Réponse du gouvernement au 10^e rapport du Comité du patrimoine canadien intitulé : agir contre le racisme systémique et la discrimination religieuse, y compris l'islamophobie*, Réponse

- gouvernementale, Ottawa, Ottawa, 1^{er} juin 2018 <<https://www.noscommunes.ca/documentviewer/fr/42-1/CHPC/rapport-10/reponse-8512-421-340>>.
- Comité permanent de la chambre des communes, *Multiculturalism: building the Canadian mosaic*, rapport public, Ottawa, Chambre des communes du Parlement canadien, 1987.
- Comité permanent du patrimoine canadien de la Chambre des communes, *Agir contre le racisme systémique et la discrimination, y compris l'islamophobie*, dixième rapport, Ottawa, Chambre des communes, février 2018, 42^e législature, 1^{ère} session <<https://publications.gc.ca/site/eng/9.851014/publication.html>>.
- Commission canadienne des droits de la personne, *L'évolution des droits de la personne au Canada*, rapport public, Ottawa, Parlement du Canada, 2012 <<https://canlii.ca/t/x7j4>>.
- Commission de vérité et réconciliation du Canada, *Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir*, rapport final, Montréal/Kingston, Gouvernement du Canada, 2015 <<http://www.trc.ca/about-us/trc-findings-fr.html>>.
- Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Document de réflexion sur la notion de « racisme systémique »*, Assemblée Nationale, Document de réflexion, Québec, 694^e séance, 20 août 2021 <https://www.cdpcj.qc.ca/storage/app/media/publications/document_reflexion-racisme-systemique.pdf>.
- Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, *Rapport. Livre II: L'éducation*, rapport public, Ottawa, Gouvernement canadien, 1968.
- Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, *Rapport. Livre IV. L'apport culturel des autres groupes ethniques*, rapport public, Ottawa, Gouvernement canadien, 1968.
- Commission sur la politique des pêches du Pacifique. *Pour remonter le courant: Une nouvelle politique des pêches canadiennes du Pacifique. Rapport final*. Vancouver, Ministère des pêches et des océans, 1982.
- Conseil de la magistrature, *Les exigences de la laïcité au Québec. Réflexions quant à leur incidence sur le devoir de neutralité réelle et apparente du juge*, Guide, Québec, Bibliothèque nationale du Québec, 2022.
- Foucher, Alexandra, *Le refus de soins par des parents pour leur enfant mineur et la reconnaissance de l'exercice d'un droit ancestral à la médecine traditionnelle autochtone*, Essai en droit, Université de Sherbrooke, 2015.

Gouvernement du Canada, *Rapport annuel sur l'application de la Loi sur le multiculturalisme canadien 2020-2021. Tracer la voie à suivre avec conscience*, Rapport annuel, Ottawa, Gouvernement du Canada, 2022 <<https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/organisation/publications/plans-rapports/rapport-annuel-loi-multiculturalisme-canadien-2020-2021.html>>.

Groupe d'action contre le racisme, *Le racisme au Québec: tolérance 0*, Rapport, Gouvernement du Québec, Québec, décembre 2020, <https://cdn-contenu.quebec.ca/cdn-contenu/politiques_orientations/Groupe_action_racisme/RA_GroupeActionContreRacisme_MAJ.pdf>.

7.2. En France

Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, *Rapport au président de la République*, rapport public, Paris, Présidence de la République, remis au président le 11 décembre 2003, <<https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/034000725.pdf>>.

Conseil d'État, *Avis sur un projet de loi confortant le respect, par tous, des principes de la République*, Paris, Avis consultatif n° 401549, 3 décembre 2020.

Conseil d'État, Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral, rapport public, Paris, autorité publique indépendante, adopté par l'assemblée générale plénière le 25 mars 2010, <<https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/etudes/etude-relative-aux-possibilites-juridiques-d-interdiction-du-port-du-voile-integral>>.

Conseil d'État, *Un siècle de laïcité*, rapport public, Paris, autorité publique indépendante, 2004, <<https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes-annuelles/un-siecle-de-laicite-rapport-public-2004>>

De Talleyrand-Périgord, Charles-Maurice, *Rapport sur l'instruction publique, fait au nom du comité de constitution à l'Assemblée nationale, les 10, 11 et 19 septembre 1791*, rapport public, Paris, Assemblée nationale, 1791.

Maurey, Hervé, *Les collectivités territoriales et le financement des lieux de culte*, Rapport d'information fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales, Paris, Sénat Français, n° 345, 17 mars 2015.

Mazeaud, Pierre, *Libertés et Ordre public*, Exposé, Cour constitutionnelle d'Arménie (Érevan), Conseil constitutionnel français, 2003 <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/libertes-et-ordre-public>>.

Observatoire de la laïcité, *Avis sur le régime local des cultes en Alsace et en Moselle, Gouvernement français*, avis, Paris, Gouvernement français, 12 mai 2015, <<https://www.info.gouv.fr/actualite/avis-sur-le-regime-local-des-cultes-en-alsace-et-en-moselle-2188>>.

Observatoire de la laïcité, *Rapport annuel de l'observatoire de la laïcité 2013-2014*, rapport annuel, Paris, Gouvernement français, 2014.

8. Sites web et autres sources en ligne

Blum, Léon, «La situation politique et sociale», discours prononcé le 5 décembre 1934, Journal officiel, Paris, 1934.

«Burkini et seins nus bientôt autorisés dans les piscines de Grenoble? On vous explique la polémique», Midi Libre, 16 mai 2022, <<https://www.midilibre.fr/2022/05/16/burkini-et-seins-nus-bientot-autorises-dans-les-piscines-de-grenoble-on-vous-explique-la-polemique-10298463.php>>.

Buisson, Adolphe, *Dictionnaire de la pédagogie et de l'instruction primaire*, Paris, Hachette, 1911, <<http://www.inrp.fr/edition-electronique/lodel/dictionnaire-ferdinand-buisson/document.php?id=3003>>.

Cadène, Nicolas, cité par Stéphane Baillargeon, «Les diverses formes de laïcité dans le monde», *Le devoir*, 28 mars 2019 <<https://www.ledevoir.com/societe/550833/diversite-des-formes-de-laicite-dans-le-monde>>.

Calvès, Gwénaële (2022), «Service public et fait religieux : la question des accommodements raisonnables», *Le droit des libertés en question(s), Revue des droits et libertés fondamentaux*, chron. n°29 <<https://revuedlf.com/droit-administratif/service-public-et-fait-religieux-la-question-des-accommodements-raisonnables/>> .

Césaire, Aimé, interview dans *Thalassa : le magazine de la mer*, France 3, 5 mai 2006, <<https://www.ina.fr/video/3082634001010>>.

Chouinard, Tommy, «Loi 21 sur la laïcité de l'État. English-Montreal va à la Cour suprême, Québec charge Ottawa», *La presse*, 11 avril 2024, <<http://www.justice.gouv.fr/prison-et-reinsertion-10036/la-vie-en-detention-10039/culte-12002>>.

Maclure, Jocelyn, «Les droits ancestraux et la vie d'un enfant», *L'actualité*, 18 novembre 2014, <<https://lactualite.com/politique/2014/11/18/les-droits-ancestraux-et-la-vie-dun-enfant/>>.

Macron, Emmanuel, «La République en actes : discours du Président de la République sur le thème de la lutte contre les séparatismes», discours présidentiel, Paris, Présidence de la République, publié le 2 octobre 2020, <<https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/10/02/la-republique>>.

en-actes-discours-du-president-de-la-republique-sur-le-theme-de-la-lutte-contre-les-separatismes>.

Marty, Barbara, « À l'origine du topless, la tendance seins nus qui divise la société », *France Culture*, 4 septembre 2020, <<https://www.radiofrance.fr/franceculture/a-l-origine-du-topless-la-tendance-seins-nus-qui-divise-la-societe-9665580>> .

Piolle, Éric, Intervention dans *Politiques à table!*, Chaîne parlementaire française (LCP), 13 mai 2022, <<https://lcp.fr/programmes/politiques-a-table/eric-piolle-109739>>.

Préfecture de l'Isère, *Délibération du conseil municipal de Grenoble sur le règlement intérieur des piscines municipales*, Communiqué de presse, Ministère de l'Intérieur, 15 mai 2022, <<https://www.isere.gouv.fr/Actualites/Salle-de-presse/Derniers-communiques/Deliberation-du-conseil-municipal-de-Grenoble-sur-le-reglement-interieur-des-piscines-municipales>>.

Sarkozy, Nicolas, « Première conférence de presse du Président de la République », conférence de presse, Paris, Présidence de la République, 8 janvier 2008, <<https://www.vie-publique.fr/discours/169153-declaration-et-conference-de-presse-de-m-nicolas-sarkozy-president-de>>.

Tricon, Jean-Pierre « Cimetières confessionnels et carrés confessionnels », *Résonance*, 2 février 2016, <<https://www.resonance-funeraire.com/reglementation/3554-cimetieres-confessionnels-et-carres-confessionnels>>.



Titres parus dans la collection

- Bjarne Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, 1998.
- Bjarne Melkevik, *Réflexions sur la philosophie du droit*, 2000.
- Pierre Livet, *L'argumentation. Droit, philosophie et sciences sociales*, 2000.
- Paul Dumouchel, *Comprendre pour agir. Violences, victimes et vengeances*, 2000.
- Niklas Luhmann, Lukas K. Sosoe, Stéphane Bouchard, *La légitimation par la procédure*, 2001.
- Stamatios Tzitzis, *La Personne, l'Humanisme, le Droit*, 2001.
- Lukas K. Sosoe, *Diversité humaine. Démocratie, multiculturalisme et citoyenneté*, 2002.
- Bjarne Melkevik, *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit*, 2002.
- Sergio Cotta, *Pourquoi la violence? Une interprétation philosophique*, 2002.
- Stéphane Bauzon, *Le métier de juriste. Du droit politique selon Michel Villey*, 2003.
- Carlos M. Herrera, *Droit et gauche. Pour une identification*, 2003.
- Paulo Ferreira Da Cunha, *Droit et récit*, 2003.
- Henri R. Pallard, Stamatios Tzitzis, *La mondialisation et la question des droits fondamentaux*, 2003.
- Carlos M. Herrera, *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*, 2004.
- Norbert Campagna, *Le droit, le politique et la guerre. Deux chapitres sur la doctrine de Carl Schmitt*, 2004.
- Vida Amirmokri, *L'Islam et les droits de l'homme. L'islamisme, le droit international et le modernisme islamique*, 2004.
- Stamatios Tzitzis, *La Personne. Criminel et victime*, 2004.
- Bjarne Melkevik, *Considérations juridico-philosophiques*, 2005.
- Francesco D'Agostino, Stéphane Bauzon, Élodie Bauzon, *La bioéthique dans la perspective de la philosophie du droit*, 2005.
- Pierre Rainville, *Les humeurs du droit pénal au sujet de l'humour et du rire*, 2005.
- Bjarne Melkevik, Luc Vigneault, *Droits démocratiques et identités*, 2006.
- Bjarne Melkevik, *Tolérance et modernité juridique*, 2006.

- Pascal Richard, *Le jeu de la différence. Réflexions sur l'épistémologie du droit comparé*, 2007.
- Olivier Jouanjan, Friedrich Müller, *Avant dire droit. Le texte, la norme et le travail du droit*, 2007.
- José Calvo González, *Octroi de sens. Exercices d'interprétation juridique-narratif*, 2008.
- Gilles Lhuillier, *La loi, roman*, 2008.
- Norbert Campagna, *La souveraineté. De ses limites et de ses juges*, 2008.
- Patrick Forest, *Géographie du droit. Épistémologie, développement et perspectives*, 2009.
- Agata C. Amato Mangiameli, *Dans un monde post-national*, 2009.
- Bjarne Melkevik, *Droit, mémoire et littérature*, 2010.
- Frank I. Michelman, Françoise Michaut, *Le mouvement des Critical Legal Studies entre républicanisme et libéralisme de Françoise Michaut / Traces de gouvernement de soi par soi. Préface à la session 1985 de la Cour Suprême – La République du droit*, 2010.
- Bjarne Melkevik, *Philosophie du droit. Volume 1*, 2010.
- Bjarne Melkevik, *Habermas, droit et démocratie délibérative*, 2010.
- Bjarne Melkevik, *Philosophie du jugement juridique*, 2011.
- Nathalie Le Bouëdec, *Gustav Radbruch. Juriste de gauche sous la République de Weimar*, 2011.
- William E. Conklin, Basil Kingstone, *Le savoir oublié de l'expérience des lois*, 2011.
- Jean-Jacques Sueur, *Pour un droit politique. Contribution à un débat*, 2011.
- Pascal Richard, *Prolégomènes à une anthropologie du droit : une ontologie naïve*, 2012.
- Hugues Rabault, *Un monde sans réalité? En compagnie de Niklas Luhmann : épistémologie, politique et droit*, 2012.
- Bjarne Melkevik, *Habermas. Légalité et légitimité*, 2012.
- Jean-François Thibault, *De la responsabilité de protéger les populations menacées. L'emploi de la force et la possibilité de la justice*, 2013.
- Françoise Michaut, *Le mouvement des Critical Legal Studies. De la modernité à la post-modernité en théorie du droit*, 2014.
- André Bélanger, *Théorisations sur le droit des contrats*, 2014.
- Bjarne Melkevik, *Philosophie du droit. Volume 2*, 2014.
- Paulo Ferreira Da Cunha, *Constitution et mythe*, 2014.
- Rhéa Jean, *L'intime et le marché. Réflexion éthique sur l'autonomie et la prostitution*, 2014.
- Jacques-Louis Colombani, *Cyberdépendances. Enjeux criminologiques*, 2015.
- Jacques-Louis Colombani, *Cyberespace et terrorisme*, 2016.
- Pierre Moor, *Perméabilités du système juridique. Essais sur le droit de l'État de droit*, 2016.
- Stamatios Tzitzis, *L'Incantation sadienne entre la force et le droit*, 2016.

- Otfried Höffe, Lukas K. Sosoe, *Penser un droit pénal interculturel*, 2016.
- Athanase Giocas, *Le bien justifié. Une lecture contemporaine de la synthèse philosophico-juridique de Vladimir S. Soloviev*, 2016.
- Thomas Pogge, Mathieu Lasalle, *Comprendre Rawls*, 2017.
- Peggy Larrieu, *Mythes grecs et droit. Retour sur la fonction anthropologique du droit*, 2017.
- Kevin Iselin, *Le droit pénal à la lumière de l'existentialisme sartrien*, 2017.
- Philippe Eon, *Philosopher, en un mot. Variations sur le sens du mot spécial*, 2018.
- Elodie Bordes, *Le silence et le droit. Recherches sur une métaphore*, 2018.
- Louis LeBel, *L'art de juger*, 2019.
- Pierre Rainville, *La répression de l'art et l'art de la répression : la profanation de la religion à l'épreuve des mutations du droit pénal au sujet du blasphème et de la protection des identités religieuses*, 2019.
- Niklas Luhmann, Lukas K. Sosoe, *Le droit de la société* (traduction de l'allemand de *Das Recht der Gesellschaft*), 2019.
- Yan Campagnolo, *Le secret ministériel: théorie et pratique*, 2020.
- Bjarne Melkevik, *La philosophie du droit et sa pratique*, 2020.
- Alexandre Stylios, *L'aveu dans les traditions occidentales accusatoire et inquisitoire. Une histoire de l'aveu en droit pénal*, 2021.
- Pascal Richard, Lorenzo Passerini Glazel (dir.) *Recherches sur la philosophie du langage normatif*. Anthologie de textes de Amedeo Giovanni Conte, 2021.
- Stamatios Tzitzis, *Les interludes de droit dans la symphonie de justice*, 2021.
- Pascal Richard, *Le droit comme médiation... ou comment celui-ci anticipe ses propres failles*, 2021.
- Guillaume Tusseau, *Droit comparé et théorie générale du droit. Notes sur quelques allers-retours aporétiques*, 2021.
- Pierre Moor, *Le travail du droit. Essais sur le droit de l'État de droit II*, 2022.
- Niklas Luhmann, Lukas K. Sosoe, *Droits de l'homme et différenciation sociale. Une contribution à la sociologie politique*, 2023.
- Thomas Windisch, *La désobéissance civile mode(s) d'emploi*, 2023.
- André Bélanger, Pascale Dufour, Éric Fokou, *Le contrat de droit civil comme artefact social. Constats, prospections et utopies*, 2023.
- Sylvette Guillemard, Benjamin Lévy, *La quérulence. Quand le droit et la psychiatrie se rencontrent*, 2023.
- Maxime St-Hilaire, *Les positivismes juridiques au XX^e siècle : normativismes, sociologismes, réalismes* (2^e édition revue et augmentée), 2024.

Le multiculturalisme et la laïcité interpellent l'intime et renvoient bien souvent à des convictions profondes dont l'expression peut susciter passions, querelles et violences. C'est notamment le cas au Canada et en France, où tout débat en lien avec ces deux modèles peut parfois sembler impossible tant le sujet est sensible. Ô combien difficile est-il alors de se faire une opinion documentée.

Pour nourrir la réflexion, ce livre propose une comparaison entre le droit du multiculturalisme canadien et le droit de la laïcité française, construite autour de leur prémisses commune, à savoir la nécessité pour un État de reconnaître et de respecter le caractère pluriel de la société, tout en assurant la paix sociale. Sans négliger leurs divergences, cet ouvrage se concentre sur le sens juridique que ces deux droits reconnaissent à ce qui constitue leur socle commun : la liberté, l'égalité et la fraternité.

CHRISTELLE LANDHEER-CIESLAK est professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval. Elle est membre du Barreau du Québec et du Comité national d'éthique sur le vieillissement.

MATHILDE PHILIP est professeure à la Faculté de droit de l'Université Jean Moulin Lyon 3 et coordinatrice de la Chaire lyonnaise des droits humains et environnementaux.

Depuis une vingtaine d'années, les travaux de ces deux auteures explorent la manière dont les droits canadien, québécois et français reconnaissent et préservent les différentes compréhensions du monde qui s'expriment au sein des sociétés.



Organisation
des Nations Unies
pour l'éducation,
la science et la culture



Chaire UNESCO d'étude
des fondements philosophiques
de la justice et de la société
démocratique

ISBN 978-2-7663-0679-4



Presses de l'Université Laval