



PROJECT MUSE®

## Laïcité et humanisme

Charles Le Blanc

Published by University of Ottawa Press

Blanc, Charles Le.

Laïcité et humanisme.

University of Ottawa Press, 2015.

Project MUSE.[muse.jhu.edu/book/40612](https://muse.jhu.edu/book/40612).



➔ For additional information about this book

<https://muse.jhu.edu/book/40612>

Access provided at 28 Mar 2020 15:43 GMT with no institutional affiliation



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

# Contribution au débat sur la laïcité au Québec à partir d'éléments de droit comparé

Guillaume Rousseau

Lorsque l'actualité québécoise est marquée de vifs débats sur la laïcité, comme ce fut le cas à l'hiver 2014, les contributions à ces débats proviennent d'une foule de disciplines : sociologie, philosophie, science politique, droit, etc. Parmi ces disciplines, les contributions se réclamant du droit sont souvent formulées avec un ton traduisant une certaine prétention à la primauté. Cela est logique, puisque l'un des principes à la base du système juridique canadien est justement celui de la primauté du droit. En vertu de ce principe, rien ni personne n'échappe au droit. Ainsi, toutes les sciences humaines du monde auraient beau pointer en direction d'une même solution, si celle-ci n'est pas conforme au droit, elle ne pourra être mise en œuvre.

Cet état de fait peut entraîner un effet d'inertie. Poussé à l'extrême, il mène à penser qu'il ne faut jamais modifier le droit, puisque seul le droit actuel est conforme au droit actuel ! Une version plus modérée et plus répandue de cette logique consiste à penser que toute réforme doit être conforme au droit constitutionnel. Par définition, une réforme inconstitutionnelle ou, plus exactement, potentiellement inconstitutionnelle risque très fortement d'être déclarée illégale et donc inapplicable.

Que des juristes informent des décideurs, ou même plus largement des citoyens participant à un débat, des risques que certaines réformes envisagées soient déclarées illégales est normal et même souhaitable. Pour ces décideurs et ces citoyens, il s'agit d'un

élément technique non négligeable dont ils doivent tenir compte, ne serait-ce qu'afin d'envisager des moyens de contourner les obstacles juridiques. Mais souvent, les avis des juristes n'ont pas seulement pour effet de pointer les obstacles juridiques. Il n'est pas rare que, implicitement ou explicitement, ils suggèrent que ces idées de réformes potentiellement illégales soient de ce fait illégitimes, voire immorales.

Certes, le positivisme juridique nous apprend que l'objet d'étude du juriste est le droit et qu'il doit distinguer cet objet de la morale. Toutefois, lorsqu'un juriste émet une opinion fondée sur la compatibilité entre une réforme envisagée et les droits fondamentaux de la personne, la frontière entre droit et morale est facilement franchissable.

Dans le contexte d'un débat qui, comme celui sur la laïcité, concerne des droits fondamentaux, l'intervention du juriste peut donc avoir un effet d'inertie ou du moins d'inhibition. Le juriste est-il de ce fait condamné à jouer le rôle d'inhibiteur ? Pas nécessairement, entre autres parce qu'il lui est permis d'aller au-delà de l'étude du droit national dans une perspective positiviste. S'il est suffisamment outillé sur le plan théorique, il peut même critiquer ce droit à l'aide d'une approche différente (analyse économique du droit, sociologie du droit, etc.). Entre ces deux « extrêmes », l'étude du droit national dans une perspective positiviste stricte où seules les sources formelles du droit sont admises et l'étude du droit à partir d'une autre discipline, il existe une foule de possibilités, parmi lesquelles on compte le droit comparé. Il est bien connu que cette approche peut avoir un effet critique, voire subversif, ne serait-ce qu'en permettant de relativiser le droit national<sup>1</sup>.

La présente contribution se situe dans cette perspective. Grâce à l'analyse de décisions provenant de tribunaux étrangers, elle vise

---

1. À ce sujet voir notamment: Horatia Muir-Watt, « La fonction subversive du droit comparé », *R.I.D.C.*, vol. 52, n° 3, 2000, p. 503-506; Rodolfo Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991, p. 38; Georges P. Fletcher, « Comparative law as a subversive discipline », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 46, 1998, p. 683; Hein Kötz, « Comparative law in Germany today », *R.I.D.C.*, vol. 51, n° 4, 1999, p. 753-766; Pierre Legrand, « Sur l'analyse différentielle des jurisprudences », *R.I.D.C.*, vol. 51, n° 4, 1999, p. 1053-1061.

à relativiser et à critiquer le droit constitutionnel canadien, plus précisément une certaine jurisprudence de la Cour suprême du Canada. Elle part de la prémisse non pas que cette cour est un tribunal de dernière instance auquel le législateur québécois doit se soumettre, mais plutôt un acteur politique qui cherche à faire triompher ses idées. C'est donc pour mieux comprendre cette jurisprudence, la relativiser, la critiquer, qualifier son degré de radicalité et envisager des modifications législatives susceptibles de la faire évoluer qu'il convient de la comparer à celle d'autres tribunaux.

Évidemment, il est impossible de comparer l'ensemble de la jurisprudence canadienne portant sur le droit des religions à l'ensemble de la jurisprudence étrangère portant sur ce droit. Contrairement au juriste strictement positiviste qui peut prétendre avoir procédé à l'analyse exhaustive et détaillée du droit national relatif à une question précise, en général le juriste comparatiste qui s'attarde à un grand nombre de droits nationaux ou supranationaux ne peut réalistement comparer que de grands principes ou de grandes tendances. C'est pourquoi, dans la présente contribution, nous nous attardons à un nombre limité de décisions, tant canadiennes qu'étrangères. Ces décisions sont choisies en fonction de leur pertinence et de leur caractère relativement représentatif de l'ensemble de la jurisprudence du pays ou de la juridiction dont ils émanent. Nous avons donc sélectionné des décisions qui ont marqué la jurisprudence en matière d'accommodements religieux ou d'interdiction de signes religieux.

### 1. La jurisprudence canadienne sur l'accommodement religieux à la lumière de la jurisprudence américaine : de la radicalisation d'hier à celle de demain

Pour comprendre la jurisprudence canadienne en matière d'accommodements religieux, il faut retourner au premier arrêt de principe rendu en 1985 par la Cour suprême du Canada en cette matière : *O'Malley c. Simpson-Sears*<sup>2</sup>. Dans cette affaire, la plaignante, membre d'une église évangélique, avait vu ses heures de travail diminuées parce qu'elle refusait, pour des raisons reli-

2. [1985] 2 R.C.S. 536.

gieuses, de travailler le vendredi soir et le samedi, soit pendant les heures les plus achalandées au magasin de son employeur. Avec son recours, la plaignante cherchait non pas à retrouver un horaire de travail à temps plein, mais à être dédommée pour la perte de salaire liée à la perte d'heures de travail entre son refus de travailler le samedi et son mariage quelques mois plus tard. En effet, on peut lire dans le jugement que « la plaignante a déclaré ne plus être intéressée à un emploi à plein temps, son mari préférant qu'elle travaille à temps partiel ». Comme quoi dès l'origine, le ver de l'inégalité homme-femme était dans la pomme de l'accommodement religieux.

Car dans cette affaire la Cour suprême du Canada imposa un accommodement « raisonnable » à l'employeur. Malgré la commission d'enquête qui jugea que l'employeur avait agi raisonnablement, et le tribunal de première instance ainsi que la Cour d'appel qui jugèrent qu'il n'avait pas commis d'infraction puisqu'il n'avait pas eu l'intention de discriminer, le plus haut tribunal canadien en décida autrement. Il conclut que l'employeur aurait dû accommoder la plaignante davantage et qu'il devait maintenant la compenser pour la perte de salaire liée à son refus de travailler le vendredi soir et le samedi pendant une certaine période. Pour arriver à cette conclusion, la Cour suprême du Canada cita la jurisprudence américaine qui prescrit qu'un employeur doit accommoder son employé, sauf s'il en résulte une contrainte excessive.

Cela dit, quand on y regarde de plus près, on constate que la Cour suprême du Canada n'a pas seulement importé le concept d'accommodement raisonnable du droit américain, elle l'a considérablement radicalisé. Dans l'arrêt O'Malley, le plus haut tribunal canadien cita l'arrêt de principe de la Cour suprême des États-Unis, *Trans World Airlines inc. v. Hardison*<sup>3</sup>. Dans cet arrêt, le plus haut tribunal américain avait affirmé qu'« exiger de TWA [l'employeur] qu'il assume plus qu'un coût minime (*de minimis*) afin de permettre à Hardison de ne pas travailler le samedi constitue une contrainte excessive<sup>4</sup> » (traduction libre). Mais le tribunal canadien

3. 423 U.S. 63 (1976).

4. « *To require TWA to bear more than a de minimis cost to give Hardison Saturdays off is an undue hardship.* »

écarta cette interprétation du critère de la « contrainte excessive ». Alors que la Cour suprême des États-Unis avait décidé qu'une contrainte excessive était une contrainte plus que minime, en 1992 dans l'arrêt *Central Okanagan School District c. Renaud*<sup>5</sup> portant sur des faits similaires à ceux de l'affaire O'Malley, la Cour suprême du Canada écarta explicitement ce critère et décida qu'une contrainte plus importante était acceptable. En effet, on peut lire dans l'arrêt *Central Okanagan* :

Le critère *de minimis* établi dans l'arrêt *Hardison* supprime à toutes fins pratiques l'obligation d'accommodement et semble particulièrement inopportun dans le contexte canadien. Il faut plus que de simples efforts négligeables pour remplir l'obligation d'accommodement. L'utilisation de l'adjectif « excessive » suppose qu'une certaine contrainte est acceptable; seule la contrainte « excessive » répond à ce critère.

Puis, elle donna raison au plaignant contre la commission scolaire et le syndicat, sans trop tenir compte de l'incidence de la demande d'accommodement sur les autres employés, et ce, notamment au nom du multiculturalisme. Concrètement, cela signifie que la preuve pour justifier un refus d'accommodement religieux est beaucoup plus facile à faire aux États-Unis qu'au Canada ou au Québec.

Outre l'interprétation littérale du mot « excessive » et le principe du multiculturalisme qui a valeur constitutionnelle au Canada et au Québec, contrairement aux États-Unis, qu'est-ce qui explique cette immense différence ? La Cour suprême du Canada mentionne ce qui suit dans l'arrêt *Central Okanagan* :

En outre, il existe une bonne raison de ne pas adopter le critère *de minimis* au Canada. L'affaire *Hardison* a été plaidée en fonction de la clause d'établissement du Premier amendement de la Constitution américaine qui interdit l'établissement d'une religion. Cet aspect de l'arrêt *Hardison* a donc été tranché dans un

---

5. [1992] 2 R.C.S. 970.

contexte juridique complètement différent. La jurisprudence de notre Cour a abordé la question de l'accommodement d'une manière plus fondée sur l'objet visé et a tenté de fournir un accès égal au travail aux personnes qui, autrement, seraient aux prises avec de sérieuses difficultés. Le point de vue des tribunaux canadiens est donc tout à fait différent de l'approche adoptée dans les arrêts américains tels que *Hardison* et, plus récemment, *Ansonia Board of Education v. Philbrook*<sup>6</sup>.

Considérant que ce raisonnement a été repris dans un arrêt introduisant l'accommodement religieux en droit québécois<sup>7</sup>, cela confirme l'importance du débat autour de l'idée de mentionner le principe de la neutralité religieuse de l'État dans la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec* (ci-après « Charte québécoise »)<sup>8</sup>.

Mais comme l'interprétation de cette dernière est inféodée à celle de la *Charte canadienne des droits et libertés* (ci-après « Charte canadienne »)<sup>9</sup>, qui consacre la doctrine du multiculturalisme plutôt que le principe de la neutralité religieuse de l'État, la mention de ce principe aux contours flous dans la Charte québécoise risquerait de ne pas avoir d'effet sur la jurisprudence en matière d'accommodements religieux. Si le législateur québécois souhaite modifier l'interprétation du concept de « contrainte excessive » lié aux accommodements religieux, il ferait mieux de codifier ce concept, mais en employant des mots différents, par exemple ceux de « contrainte plus que minimale ». Ainsi seulement, il pourrait forcer les tribunaux à s'aligner davantage sur la jurisprudence américaine, qui est plus soucieuse d'un équilibre entre la liberté religieuse individuelle, d'une part, et les autres droits, dont les droits collectifs des corps publics et des travailleurs, d'autre part.

6. 479 U.S. 60 (1986).

7. *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525. Par ailleurs, au sujet du lien entre la clause de non-établissement d'une religion dans la Constitution américaine et le critère de la contrainte qui ne doit pas être plus que minimale, voir : Michael W. McConnell, « Accommodation of religion: An update and a response to the critics », 60 *Geo. Wash. L. Rev.* 685, 704 (1992).

8. L.R.Q. c. C-12.

9. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

Une telle évolution pourrait s'avérer pertinente, car il ne s'agirait pas tant de revenir sur des pratiques déjà existantes, comme l'octroi de congés d'une journée pour raison religieuse. Même avec le critère de la contrainte qui ne doit pas être plus que minime, comme dans le droit américain, ce genre de congé est possible. Par exemple, si un employé, pour des raisons religieuses, s'entend avec un collègue volontaire pour échanger un quart de travail, il peut le faire et son employeur doit assumer les frais administratifs liés à cet échange même si cela représente une contrainte<sup>10</sup>.

La modification au critère de la « contrainte excessive » viserait plutôt à faire face à d'éventuelles vagues de revendications religieuses. Si on se fie aux développements des dernières années en droit américain, les prochaines revendications pourraient porter notamment sur des congés de plusieurs semaines pour cause de pèlerinage<sup>11</sup>. Évidemment, on pense aux pèlerinages à La Mecque<sup>12</sup>, mais il y a aussi des adeptes d'autres religions qui pourraient faire valoir ce genre de revendication. Par exemple, il y a eu le cas d'une Américaine catholique qui souhaitait se rendre à Medjugorje, en ex-Yougoslavie, où des apparitions de la Vierge Marie seraient survenues<sup>13</sup>.

Même aux États-Unis, où un jugement accordant un accommodement religieux est plus difficile à obtenir qu'au Canada, des employeurs, souvent des organismes publics, peuvent être forcés d'accorder des congés de plusieurs semaines pour raison religieuse. Comment est-ce possible ? Il suffit qu'un plaignant soit appuyé par la Equal Employment Opportunity Commission, le pendant américain des commissions des droits de la personne que l'on retrouve

10. À ce sujet, voir : « 29 CFR 1605.2 – Reasonable accommodation without undue hardship as required by section 701 (j) of Title vii of *The Civil Rights Act of 1964* », Ithaca, Legal Information Institute, Cornell University Law School, < <http://www.law.cornell.edu/cfr/text/29/1605.2> >.

11. À ce sujet, voir notamment : Matthew P. Mooney, « Between a stone and a hard place : How the hajj can restore the spirit of reasonable accommodation to Title vii », *Duke Law Journal*, vol. 62, p. 1029.

12. À ce sujet, voir par exemple : Jerry Markon, « Justice Dept. backs Muslim teacher », *Washington Post*, 23 mars 2011, p. A1.

13. Voir : *Tiano v. Dillard Department Stores, Inc.*, 139 F.3d 679 (9th Cir. 1998) où le recours de la plaignante fut rejeté, mais pas parce que l'accommodement qu'elle réclamait aurait entraîné une contrainte excessive.



au Canada. Confrontées au risque d'une poursuite judiciaire coûteuse pouvant se rendre jusqu'en Cour suprême, des PME ou des commissions scolaires préfèrent céder dans le cadre de règlements « à l'amiable<sup>14</sup> ».

Évidemment, avec le critère du droit canadien beaucoup plus favorable aux accommodements religieux, et les commissions des droits de la personne qui se rendent jusqu'en Cour suprême du Canada pour des affaires d'accommodements religieux (comme ce fut le cas notamment dans les affaires O'Malley, Central Okanagan et au Québec, Bergevin<sup>15</sup>), sans changement législatif, ce type de revendications risque d'arriver tôt ou tard au Québec. Et pour y faire face, les PME et les corps publics d'ici seront encore moins bien outillés sur le plan juridique que leurs équivalents américains. La radicalisation de la jurisprudence canadienne et québécoise pourrait donc se poursuivre.

Voilà pourquoi il importe de s'attarder à certains aspects du droit américain en matière d'accommodements religieux... tout comme il importe d'en faire autant avec le droit français, le droit britannique, le droit suisse et le droit européen en matière de signes religieux.

## 2. Les jurisprudences canadienne et européenne sur l'interdiction de signes religieux: des limites injustifiées pour l'une, nécessaires pour l'autre

La jurisprudence canadienne en matière de signes religieux a été suffisamment commentée au cours des dernières années pour qu'il ne soit pas nécessaire d'y revenir longuement. Deux affaires méritent tout de même un bref rappel<sup>16</sup>. Dans *Multani c. Commission*

14. À ce sujet, voir notamment : Matthew P. Mooney, *supra* note 10, p. 1055.

15. Au Québec, ce fut le cas dans l'affaire Bergevin, *supra* note 6.

16. Évidemment, il aurait été possible de s'attarder à d'autres décisions de la Cour suprême du Canada, incluant des décisions moins radicalement favorables à la liberté de religion. Par exemple, dans l'arrêt *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567, par une très faible majorité, le plus haut tribunal canadien a confirmé la validité constitutionnelle de l'obligation pour les demandeurs de permis de conduire de se faire prendre en photo, même si cela peut contrevenir à un précepte religieux. Mais comme cette décision ne concerne ni la question des accommodements religieux, puisqu'elle a été prise en fonction de l'article 1 de la Charte canadienne et non en fonction

*scolaire Marguerite-Bourgeoys*<sup>17</sup>, au nom de la liberté de religion et du multiculturalisme, la Cour suprême du Canada a jugé que l'interdiction de porter des armes blanches à l'école ne pouvait se justifier à l'égard d'un jeune sikh et de son poignard religieux (kirpan). Le plus haut tribunal canadien contredisait ainsi un jugement unanime du plus haut tribunal québécois qui avait accordé une grande importance à la question de la sécurité des jeunes dans les écoles<sup>18</sup>. Plus récemment, dans *R. c. N.S.*<sup>19</sup>, une majorité de juges de la Cour suprême du Canada a décidé qu'une interdiction générale de porter le niqab (voile couvrant le visage à l'exception des yeux) pendant un témoignage devant le tribunal ne pourrait se justifier en vertu de la Charte canadienne. En adoptant de ce fait une approche au cas par cas, ces juges majoritaires contredisaient les juges Lebel et Rothstein de cette même cour, selon qui une telle interdiction pourrait être justifiée par « certaines valeurs communes fondamentales », dont « la neutralité religieuse de l'État ».

Bien que ces décisions de la Cour suprême du Canada illustrent un courant jurisprudentiel dominant et solidement ancré, elles n'en sont pas moins radicales, notamment en comparaison des décisions de tribunaux étrangers portant sur des questions semblables. Par exemple, en 2010, le Conseil constitutionnel français s'est penché sur la compatibilité entre la *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*<sup>20</sup> et la Constitution française, qui inclut la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*<sup>21</sup>. Rappelant que cette loi avait été adoptée parce que les pratiques consistant à se dissimuler le visage dans l'espace public méconnaissaient les exigences minimales de la vie en société et plaçaient les femmes dans une situation d'exclusion et d'infériorité manifestement incompatibles

---

de l'accommodement raisonnable ni des signes religieux, nous ne nous y attardons pas dans le corps du texte. Les deux décisions auxquelles nous nous attardons nous semblent bien représenter la jurisprudence actuelle de la Cour suprême du Canada sur la question des signes religieux (surtout considérant que nous nous attardons à une décision récente contenant une dissidence).

17. [2006] 1 R.C.S. 256.

18. *Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys c. Multani*, [2004] R.J.Q. 824 (C.A.).

19. [2012] 3 R.C.S. 726.

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

21. Décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010.

avec les principes d'égalité et de liberté, le Conseil constitutionnel français a jugé que la loi était valide. Il a toutefois émis une réserve d'interprétation en ajoutant que l'interdiction ne devait pas s'appliquer aux lieux de culte ouverts au public.

En juillet 2014, dans l'affaire *S.A.S. c. France*<sup>22</sup>, par une large majorité de 15 juges sur 17, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé cette *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public* conforme à la *Convention européenne des droits de l'homme*. D'une part, cette cour s'est dite non convaincue par les arguments soutenant cette loi fondée sur l'égalité homme-femme, le respect de la dignité des personnes ou la sécurité. Par contre, elle a estimé que le « respect des exigences minimales de la vie en société » et le « vivre-ensemble », qui peuvent se rattacher au but légitime que constitue la « protection des droits et libertés d'autrui », justifient le « choix de société » que constitue cette loi. Certes, cette décision s'explique par la « marge d'appréciation » que la Cour européenne laisse aux États et dont la France fait usage abondamment. Néanmoins, il serait faux de croire que cette jurisprudence se limite à la France.

En 2006, dans un cas précis, même la House of Lords, le plus haut tribunal du Royaume-Uni à l'époque, a rendu un jugement favorable à une limitation du droit de porter des signes religieux<sup>23</sup>. Il s'agissait du cas d'une jeune fille de 13 ans et de son frère qui insistaient pour qu'elle porte le jilbab, une robe couvrant le corps de la femme de la tête aux pieds à l'exception du visage, alors que son école prescrivait un choix entre différents uniformes, dont le shalwar kameeze, un vêtement pudique, mais restreignant moins les mouvements que le jilbab. La question était de savoir si le fait pour l'école d'« exclure » la jeune fille, après de multiples refus de se conformer au code vestimentaire, limitait la liberté de religion garantie par l'article 9 de la *Convention européenne des droits de*

22. Req. n° 43835/11 (2014).

23. *Begum v. Headteacher and Governors of Denbigh High School*, [2006] UKHL 15. Dans d'autres cas, la House of Lords s'est montrée plus favorable au port de signes religieux : voir notamment le cas d'une école privée qui imposait l'obligation de porter un béret aux élèves ; l'obligation fut contestée pour un sikh portant le turban et cette cour la juge discriminatoire et non justifiée dans *Mandla v. Lee*, [1983] AC 548.

*l'homme*. Le plus haut tribunal britannique jugea, à la majorité, que la décision de l'école ne limitait pas ce droit, et que s'il l'avait fait, cela aurait été justifié. Pour arriver à cette conclusion, les juges de la House of Lords ont tenu compte de différents facteurs, dont le risque que la permission de porter le jilbab engendre des pressions communautaires forçant les jeunes filles qui ne souhaitaient pas le porter à le faire, le souhait de l'école d'éviter les vêtements perçus comme étant liés à une version extrémiste de l'islam, l'acceptation par la jeune fille du code vestimentaire au départ et le fait que la liberté de religion ne signifie pas le droit de manifester sa religion n'importe où, n'importe quand. Il faut dire que le tribunal britannique se base sur une jurisprudence européenne qui, beaucoup plus que la jurisprudence canadienne, prône un équilibre entre cette liberté et d'autres valeurs. D'ailleurs, un des rares jugements évoqués par le frère de la jeune fille qui est commenté par la House of Lords est celui rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire du kirpan. Le tribunal britannique écarta toutefois cette décision canadienne, entre autres parce qu'elle était incompatible avec la jurisprudence européenne, notamment la décision rendue dans l'affaire *Karaduman c. Turquie*<sup>24</sup>.

Dans l'affaire *Karaduman*, à la suite du tribunal administratif d'Ankara et du Conseil d'État turc qui rejetèrent le recours, la Cour européenne des droits de l'homme confirma la compatibilité entre la liberté de religion et la décision d'une université laïque de réglementer la tenue vestimentaire des étudiants, entre autres pour « veiller à ce que certains courants fondamentalistes ne troublent pas l'ordre public dans l'enseignement supérieur et ne portent pas atteinte aux croyances d'autrui ». Fait à noter, la cour arriva à cette conclusion malgré l'argument de la plaignante selon lequel la laïcité devait s'appliquer à l'État et non au port individuel du foulard islamique.

Cela dit, la décision de la Cour européenne des droits de l'homme la plus pertinente est celle rendue dans l'affaire *Dahlab c. Suisse*<sup>25</sup>. Cette affaire concernait une enseignante convertie à

24. (1993) 74 DR 93.

25. Req. n° 42393/98 (2001).

l'islam qui, après plusieurs discussions, refusait de retirer son voile malgré une loi garantissant le respect des convictions des élèves et des parents, et une autre obligeant les fonctionnaires, y compris les enseignants, à être laïques. Ayant été priée de renoncer à porter le voile pendant l'exercice de ses fonctions, l'enseignante forma un recours devant le Conseil d'État de Genève qui le rejeta en rappelant que « La tenue vestimentaire litigieuse [...] représente [...], indépendamment même de la volonté de la requérante, le vecteur d'un message religieux, d'une manière en l'occurrence suffisamment forte [...] pour quitter la sphère purement personnelle de la requérante et rejaillir sur l'institution que cette dernière représente, à savoir l'école publique<sup>26</sup>. » Invoquant la liberté de religion garantie par l'article 9 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, l'enseignante en appela de cette décision auprès du plus haut tribunal fédéral suisse. Ce tribunal rejeta également son recours pour une foule de raisons, dont voici les plus importantes :

- « aucune limitation n'a été imposée à la requérante quant à sa tenue hors de l'enseignement » ;
- « selon l'article 9 par. 2 CEDH, la liberté de manifester sa religion ou sa conviction peut faire l'objet de restrictions » contrairement à « la liberté intérieure [qui] présente un caractère absolu » ;
- « le port du foulard et de vêtements amples reste une manifestation extérieure qui, à ce titre, n'appartient pas au noyau intangible de la liberté de religion » ;
- « les fonctionnaires sont soumis à un rapport de puissance publique spécial, auquel ils ont librement adhéré et auquel ils trouvent un intérêt, ce qui justifie qu'ils ne puissent bénéficier des libertés publiques que dans une mesure limitée » ;
- « la Constitution cantonale [...] connaît une séparation nette de l'Église et de l'État, au sens d'une laïcité de celui-ci [...] » ;

26. Arrêté du 16 octobre 1996, Conseil d'État de Genève, cité dans *Dahlab c. Suisse*, Req. n° 42393/98 (2001).

- « en arborant un signe religieux fort dans l'enceinte de l'école, voire en classe, la requérante peut porter atteinte aux sentiments religieux de ses élèves, des autres élèves de l'école et de leurs parents » ;
- « l'école risquerait de devenir un lieu d'affrontement religieux si les maîtres étaient autorisés par leur comportement, notamment leur habillement, à manifester fortement leurs convictions dans ce domaine » ;
- « cette neutralité prend une importance particulière à l'école publique, car l'enseignement est obligatoire pour chacun » ;
- les enseignants « peuvent avoir une grande influence sur leurs élèves ; ils représentent un modèle auquel les élèves sont particulièrement réceptifs en raison de leur jeune âge, de la quotidienneté de la relation [...] et de la nature hiérarchique de ce rapport. En fait, l'enseignant est détenteur d'une part de l'autorité scolaire et représente l'État, auquel son comportement doit être imputé. Il est donc spécialement important qu'il exerce ses fonctions [...] en restant confessionnellement neutre » ;
- « certes, il ne lui est pas reproché de se livrer au prosélytisme ni même de parler de ses convictions à ses élèves. La requérante ne peut toutefois guère se soustraire aux questions que les enfants n'ont pas manqué de lui poser. Il paraît plutôt délicat d'invoquer à cet égard des éléments esthétiques ou de sensibilité au froid, ainsi qu'elle a déclaré [...] l'avoir fait jusqu'à présent, car les enfants se rendent compte qu'il s'agit d'une échappatoire. Elle peut ainsi difficilement leur répondre sans exposer ses convictions » ;
- « le port du foulard est difficilement conciliable avec le principe de l'égalité de traitement des sexes [...] Or, il s'agit là d'une valeur fondamentale de notre société, consacrée par une disposition constitutionnelle expresse [...] qui doit être prise en compte par l'école » ;
- enfin, « il est difficilement concevable d'interdire la pose du crucifix dans une école publique et d'admettre que les maîtres portent eux-mêmes des symboles religieux forts, peu importe de quelle confession ».

Sans surprise, la Cour européenne des droits de l'homme a repris plusieurs des arguments du tribunal fédéral suisse, notamment en parlant du « droit des élèves de l'enseignement public à recevoir une formation dispensée dans un contexte de neutralité religieuse ». Plus important encore, la Cour européenne affirma ceci :

- la requérante a enseigné dans une classe d'enfants de quatre à huit ans et donc d'élèves se trouvant dans un âge où ils se posent beaucoup de questions tout en étant plus facilement influençables [...]. Comment dès lors pourrait-on dans ces circonstances dénier de prime abord tout effet prosélytique que peut avoir le port du foulard dès lors qu'il semble être imposé aux femmes par une prescription coranique qui, comme le constate le Tribunal fédéral, est difficilement conciliable avec le principe d'égalité des sexes. Aussi, semble-t-il difficile de concilier le port du foulard islamique avec le message de tolérance, de respect d'autrui et surtout d'égalité et de non-discrimination que dans une démocratie tout enseignant doit transmettre à ses élèves.

Invoquant également la protection des droits et libertés d'autrui, la sécurité publique et la protection de l'ordre, la Cour européenne en conclut que « l'interdiction faite à la requérante de porter le foulard dans le cadre de son activité d'enseignement constituait une mesure « nécessaire dans une société démocratique ». Puis, elle ajouta que cette interdiction n'était pas une discrimination envers les femmes, puisqu'elle s'appliquait aussi aux hommes revêtant ostensiblement les habits propres à une religion.

Fait à noter, en 2013 une décision de la Cour européenne des droits de l'homme portant sur deux cas d'interdiction d'un signe religieux a confirmé cette jurisprudence et l'a à peine nuancée à la marge. Dans un cas, elle a constaté la protection insuffisante accordée à la liberté de religion d'une employée d'une compagnie privée qui s'était vu interdire de porter un signe religieux. Elle a estimé que les tribunaux internes avaient donné trop d'importance à l'image commerciale de cette compagnie aux dépens de la liberté de religion. Dans l'autre cas, elle a confirmé que, pour la protection de la santé et de la sécurité dans un service hospitalier,

l'interdiction d'un signe religieux touchant une employée d'une autorité publique britannique était « nécessaire dans une société démocratique<sup>27</sup> ».

Plusieurs choses méritent d'être retenues de ces décisions du Conseil constitutionnel français, de la House of Lords britannique, du Tribunal fédéral suisse et de la Cour européenne des droits de l'homme. Principalement, en matière d'interdiction du port de signes religieux, la jurisprudence canadienne présente un écart considérable par rapport à cette jurisprudence européenne, puisque le droit canadien est radicalement favorable à la liberté de porter de tels signes et relativement insensible aux autres considérations. Pourtant, ces décisions européennes démontrent que, même en adoptant le paradigme des droits fondamentaux, l'interdiction du port de certains signes religieux dans des institutions publiques peut être justifiée, voire nécessaire, par exemple pour protéger le vivre-ensemble, l'égalité homme-femme, la sécurité ou le droit de recevoir un service public sans être l'objet de prosélytisme ou de pressions communautaires. Il faut dire que la Cour européenne des droits de l'homme est soucieuse de laisser aux États-nations européens une large marge d'appréciation, alors que la Cour suprême du Canada impose à l'État-nation québécois le multiculturalisme canadien.

## Conclusion

Le recours au droit comparé permet de constater que la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, tant en matière d'accommodement qu'en matière de signes religieux, est radicalement favorable à la liberté de religion individuelle et accorde moins d'importance à d'autres préoccupations pourtant considérées comme légitimes et même légalement pertinentes par des tribunaux étrangers, et non les moindres. Ce constat pourrait amener les citoyens québécois ainsi que leurs élus à prendre cette jurisprudence avec un peu de recul et à élaborer des règles relatives à la laïcité conformes à ce qui semble, à leurs yeux à eux, le meilleur équilibre possible

27. *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, Req. n<sup>os</sup> 48420/10, 59842/10, 36516/10 (2013). D'autres cas soulevés dans cette affaire ne concernaient pas le port d'un signe religieux.



entre les différents droits et valeurs en cause. Pour ce faire, ils pourraient évidemment tenir compte de la jurisprudence étrangère, mais également de considérations relevant des sciences sociales. Et si ces règles ne sont pas conformes au droit constitutionnel canadien, cela signifiera, non pas qu'elles portent atteinte à des droits fondamentaux sans raison valable, mais simplement qu'elles portent atteinte à une des interprétations possibles de ces droits... au surplus à une interprétation contestable.