

**LE DROIT ET LA RÉGULATION DE LA DIVERSITÉ RELIGIEUSE EN FRANCE
ET AU QUÉBEC : UNE MÊME PROBLÉMATIQUE, DEUX APPROCHES**

M^e Pierre Bosset, directeur
Direction de la recherche et de la planification

Communication présentée à Montréal le 11 mai 2004, au 72^e Congrès annuel de l'ACFAS,
dans le cadre du colloque « *Gouvernance politique et régulation de la diversité religieuse:
perspectives comparatives France-Québec* ».

L'auteur s'exprime à titre personnel.

INTRODUCTION

Depuis l'avènement de la modernité, caractérisée par l'autonomie du politique par rapport au religieux, le droit sert de véhicule à la structuration, par le politique, des rapports entre l'État et les religions. Ce recours à la normativité juridique prend des formes diverses: loi, texte constitutionnel, acte juridique international. Les modèles de rapports également sont divers. Historiquement, tous les États occidentaux furent confessionnels et ce, jusqu'à la fin du 18^e siècle. Depuis, on observe une diversification des modèles. Dans certains pays, le statut d'Église d'État existe toujours¹. Ailleurs, on observe une séparation officielle, plus ou moins stricte, de l'Église et de l'État². Des formules intermédiaires existent par ailleurs, comme l'octroi de certains privilèges à une religion dominante, la reconnaissance officielle des confessions ou encore, la conclusion d'accords concordataires avec le Saint-Siège³.

Il arrive aussi que ce soit aux tribunaux qu'on demande de dégager une ligne de conduite face aux religions. En dépit des réserves que d'aucuns peuvent avoir à l'endroit du «gouvernement des juges», la judiciarisation des rapports entre religions et sociétés n'équivaut pas nécessairement à une abdication du politique. Le recours au système judiciaire fournit aux groupes minoritaires un forum de participation politique et, à ce titre, il peut être vu comme un vecteur de la citoyenneté, vecteur par lequel ces groupes s'engagent – plus ou moins consciemment – dans un processus de modernisation⁴. Ce type de judiciarisation n'en soulève pas moins un conflit de légitimité propre au domaine des droits de la personne, dans la mesure où le judiciaire peut alors être appelé, non plus seulement à trancher entre des prétentions juridiques opposées au moyen d'une application purement «technique» des règles de droit, mais aussi à arbitrer ouvertement entre des valeurs fondamentales. C'est notamment le cas lorsque l'application stricte des normes et pratiques d'une institution, ou bien l'application d'une loi, est remise en question au nom de certaines libertés fondamentales, ou encore au nom du droit à l'égalité. Lorsque l'issue d'un litige de

¹ Ainsi, l'Église luthérienne a le statut d'Église d'État dans certains États scandinaves (Norvège, Danemark, Islande). Ce statut se traduit par des privilèges fiscaux, ainsi que par l'accès réservé à certaines charges publiques. Jacques SUTTER, « Religion et État en Europe », *Actualité religieuse dans le monde*, n° 111, 15 mai 1993, pp. 27-29. Ce type d'arrangement juridique ne correspond pas nécessairement à la réalité sociologique. Les pays occidentaux où existent des Églises d'État sont parfois ceux où la pratique religieuse est la plus faible.

² La France, « république laïque » selon la Constitution de 1958, est souvent présentée comme l'archétype d'un tel régime, au point où l'expression « exception française » est parfois utilisée pour qualifier le type particulier de rapport État-religions qui en découle. Voir généralement Claude-Albert COLLIARD, *Libertés publiques* (7^e éd.), Dalloz, 1989. Les États-Unis connaissent une forme différente de séparation de l'Église et de l'État. Elle est axée (outre la garantie de la liberté de conscience et de religion) sur l'idée que le pouvoir politique ne peut faire des lois visant « l'établissement d'une religion ». Voir Laurence TRIBE, *American Constitutional Law* (2^e éd.), Foundation Press, 1988, pp. 1154 ss. Une nomenclature exhaustive comprendrait d'autres régimes constitutionnels de séparation, souvent influencés par les modèles précités : Mexique (1917), Turquie (1923), Japon (1947), Portugal (1976), notamment.

³ En Irlande et au Luxembourg, l'Église catholique jouit ainsi de divers privilèges, tout comme l'Église orthodoxe en Grèce. Au Royaume-Uni, le Souverain, à titre de chef de l'État, est également chef de l'Église anglicane. Guy HAARSCHER, *La laïcité*, Coll. Que sais-je ?, n° 3129 (2^e éd.), 1996, pp. 52-53, 56-57. Dans les pays qui reconnaissent officiellement certaines confessions, les ministres de celles-ci sont parfois rétribués par l'État. Un tel régime existe en Belgique, en Allemagne et en Autriche. J. SUTTER, *op. cit.*, p. 28. Quant au concordat, c'est un acte juridique régi par le droit international, à contenu variable, qui énonce les droits et obligations de l'Église catholique sur le territoire d'un État. Au 20^e siècle, l'Italie et l'Espagne ont eu recours à cette formule. G. HAARSCHER, *loc. cit.*, pp. 33-35.

⁴ Pierre NOREAU, « Le droit comme vecteur politique de la citoyenneté », dans *Citoyenneté et droits fondamentaux, (une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire?)* (M. Coutu, P. Bosset, C. Gendreau, D. Ville-neuve, dir.), Thémis, 2000, pp. 323-359. L'idée voulant que le recours aux chartes des droits amène les groupes religieux minoritaires à intérioriser les valeurs rationalistes et séculières de la société libérale est défendue, entre autres, par José WOEHLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », (1998) 43 *Revue de droit de McGill* 325, p. 401.

ce genre est jugée incompatible avec d'autres valeurs fondamentales, comme l'égalité des sexes, on peut alors assister à la remise en question de la légitimité même des solutions juridiques⁵.

La régulation juridique de la diversité religieuse offre un terrain fertile aux comparaisons France-Québec. Plusieurs observateurs québécois voient dans l'approche volontariste qui vient d'être retenue par le législateur français face au port de signes « ostensibles » d'appartenance religieuse dans les établissements publics d'enseignement⁶ un rempart contre les compromissions auxquelles pourraient donner lieu les pratiques d'accommodement raisonnable en usage au Québec. Outre le « *Munich de l'école républicaine* » redouté par les opposants français au port du voile islamique, une « laïcité ferme » à la française empêcherait aussi un « Munich » appréhendé de l'égalité des sexes. Le tollé soulevé par la simple possibilité que l'Ontario, province voisine du Québec, autorise bientôt des tribunaux d'arbitrage à appliquer les principes du droit musulman en matière familiale⁷ montre à cet égard non seulement les craintes que soulève à juste titre cette éventualité pour l'égalité des sexes, mais aussi la résonance intellectuelle du modèle de « laïcité ferme » au Québec.

Au Québec, les multiples nuances de la notion de laïcité sont cependant loin d'être toujours prises en compte par ceux qui s'en réclament. Les tenants québécois d'une « laïcité ferme » seraient sans doute étonnés de voir que, parmi les considérations invoquées pour justifier pareille approche en France, on trouve un recours – plus ou moins rigoureux, il est vrai – à la notion québécoise d'accommodement raisonnable. Ils ne seraient pas moins surpris d'apprendre que la France s'apprête à mettre en place un mécanisme institutionnel anti-discrimination proche du modèle québécois, modèle dont l'accommodement raisonnable fait partie intégrante. Paradoxe ou ironie, cette situation témoigne des malentendus qui président au débat transatlantique sur la régulation de la diversité religieuse.

Dans une perspective québécoise, nous nous intéresserons d'abord à la dimension juridique du débat. Nous soulignerons le cadre constitutionnel propre à chacune des sociétés québécoise et française, ainsi que la malléabilité intrinsèque des concepts juridiques en jeu, soit la laïcité pour la France et le droit à l'égalité (dont l'accommodement raisonnable est un corollaire) pour le Québec. Nous aborderons ensuite le problème de la légitimité. Après avoir brièvement commenté la loi française du 15 mars 2004, nous nous demanderons dans quelle mesure le recours à une approche dite de « laïcité ferme » serait de nature à mieux assurer la légitimité des solutions juridiques québécoises. Selon nous, le discours juridique québécois peut s'inspirer de la perspective française, qui intègre une préoccupation explicite pour l'égalité des sexes et la cohésion sociale parmi les paramètres du débat, ce qui lui permettrait de mieux asseoir sa propre légitimité. Toutefois, il n'a pas à remettre en question la tolérance dont il fait traditionnellement preuve à l'endroit des manifestations de ferveur religieuse dans la sphère publique, tolérance qui n'est ni naïve, ni aveugle.

⁵ Face au port du foulard islamique à l'école, par exemple, certains ont estimé que le discours juridique avait monopolisé le débat au détriment d'une analyse critique des enjeux sociopolitiques sous-jacents. Sur cette question, voir : Pierre BOSSET, « Le foulard islamique et l'égalité des sexes : réflexion sur le discours juridique institutionnel en France et au Québec », dans *Citoyenneté et droits fondamentaux*, op. cit., pp. 303-321.

⁶ *Loi 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*, J.O. n° 65 du 17 mars 2004 [France].

⁷ Contrairement au Québec, où l'article 2639 du Code civil interdit l'arbitrage en matière familiale et dans « toute autre question qui intéresse l'ordre public » (par exemple, les successions), la loi ontarienne ne contient aucune restriction. Un rapport remis au Procureur général de l'Ontario est favorable à un arbitrage fondé sur les principes du droit musulman mais assorti d'un encadrement législatif et réglementaire. Voir : Marion BOYD, *Résolution des différends en droit de la famille : pour protéger le choix, pour promouvoir l'inclusion*, rapport soumis au Procureur général de l'Ontario, décembre 2004, 203 pages.

1 D'UNE « LAÏCITÉ OUVERTE » À L'INTERDICTION DES SIGNES D'APPARTENANCE RELIGIEUSE : LES MUTATIONS DE LA LAÏCITÉ FRANÇAISE

En France, la laïcité s'inscrit dans l'histoire et dans le droit. Elle sous-tendait la Révolution de 1789, pendant laquelle, rappelons-le, les biens du clergé furent saisis et les prêtres tenus de prêter allégeance à la République. Aujourd'hui la laïcité figure dans la Constitution française comme caractéristique de la République elle-même, au même titre que le caractère indivisible, démocratique et social de celle-ci⁸.

Tout au cours du 19^e siècle, la laïcité et ses enjeux firent l'objet de luttes épiques entre cléricaux et anti-cléricaux. « *Le mot sent la poudre; il évoque des résonances passionnelles contradictoires* », dira Jean Rivero⁹. Il prend aussi « *des sens différents en fonction des périodes et des domaines d'utilisation* »¹⁰. Une période de maturation vit prendre graduellement corps une conception « ouverte » et relativement consensuelle – du moins, sur le plan juridique – de la laïcité (1.1). Plus récemment toutefois, en raison d'un contexte qu'on juge constituer une menace pour la laïcité, nous assistons, sinon à une réinterprétation du concept, du moins à sa modulation (1.2).

1.1 L'émergence d'une « laïcité ouverte »

La fin du 19^e siècle verra s'affronter en France des conceptions politiques distinctes, très contrastées, de la laïcité. À une « laïcité de combat », rationaliste et même antireligieuse, s'opposera une « laïcité tolérante » plus sensible au fait religieux, qui se contentera de promouvoir la neutralité de l'État face à ce dernier. Malgré son nom, la loi de 1905 sur la séparation des Églises et de l'État préférera nettement la laïcité-neutralité à la laïcité-séparation. Elle marque la consécration juridique de la laïcité, bien que le terme n'y figure pas. Dès son tout premier article, la Loi proclame la liberté de conscience et de culte. L'énoncé de la neutralité de l'État (« la République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte ») n'arrive qu'ensuite, comme un moyen d'assurer, pourrait-on dire, l'exercice des libertés fondamentales.

Le régime juridique de la laïcité se trouve complété par d'autres lois¹¹ antérieures ou postérieures à celle de 1905. Dans l'ensemble, il s'agit toutefois d'un régime largement jurisprudentiel, auquel ont contribué le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation et, surtout, le Conseil d'État. Dans cette abondante jurisprudence¹², on ne trouve guère de trace des passions que soulevait la laïcité sur le plan politique. Le contentieux de la laïcité n'est finalement allé que dans un seul sens, celui d'une laïcité dite positive, imposant des devoirs à la charge de l'État : un devoir de neutralité d'abord, dont découlent, par exemple, les restrictions à l'affichage de signes religieux dans les édifices publics¹³ ou encore l'interdiction faite aux agents du service public de manifester, dans ce cadre, leurs convictions religieuses¹⁴; et par ailleurs, un devoir de respect vis-à-vis l'exercice par autrui des libertés fondamentales de conscience et de religion

⁸ « *La France est une république indivisible, laïque, démocratique et sociale* » (préambule de la Constitution de 1958). Malgré le principe de laïcité, un régime particulier, de type confessionnel, s'applique à certaines parties du territoire métropolitain (Alsace-Moselle), ainsi qu'à certains territoires d'outre-mer.

⁹ Jean RIVERO, « La notion juridique de laïcité », *Recueil Dalloz* (1949), p. 137.

¹⁰ *Dictionnaire de la culture juridique* (sous la dir. de D. Alland et S. Rials), Paris, P.U.F., 2003, article « Laïcité » par J. Morange, p. 914.

¹¹ Notamment, la loi de 1882 sur l'enseignement primaire obligatoire et la loi de 1907 sur l'exercice public des cultes.

¹² Voir généralement : Brigitte GAUDEMET-BASDEVANT, *La jurisprudence constitutionnelle en matière de liberté confessionnelle et le régime juridique des cultes et de la liberté confessionnelle en France*, 11^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes (novembre 1998), 48 pages.

¹³ Art. 28 de la loi de 1905.

¹⁴ Conseil d'État, 3 mai 1950 (*Jamet*). La manifestation des convictions religieuses est autorisée hors du service tant qu'elle n'a pas de répercussion sur celui-ci : Conseil d'État, 28 avril 1938 (*Weiss*), *Revue du droit public* 1938, p. 553.

(sous réserve, bien sûr, de l'ordre public). Relativement à ce dernier aspect, l'État apparaît dans la loi de 1905 comme le garant des libertés fondamentales car, via ce que le texte appelle la « police des cultes », lui est imposée l'obligation d'assurer la liberté des cultes, notamment vis-à-vis les tiers¹⁵. En somme, le régime juridique de la laïcité, tel que construit par la jurisprudence, traduit le souci d'assurer la prééminence des libertés fondamentales, souci dont d'autres dispositions de la loi de 1905 portent d'ailleurs la trace explicite¹⁶.

En 1989, face au foulard islamique et à d'autres signes d'appartenance religieuse comme la croix ou la kippa juive, le Conseil d'État donnera un sens contemporain au principe de laïcité, un sens tenant compte des libertés fondamentales de conscience et de religion mais aussi, des engagements internationaux de la France concernant l'interdiction de la discrimination religieuse. Cette mise en perspective amènera la plus haute juridiction administrative française à préciser que, si la laïcité impose la neutralité des programmes et des enseignants, elle exige par contre le respect de la liberté de conscience des élèves. Ceux-ci peuvent donc exprimer et manifester leurs croyances religieuses à l'intérieur des établissements scolaires, « dans le respect du pluralisme et de la liberté d'autrui, et sans qu'il soit porté atteinte aux activités d'enseignement, au contenu des programmes et à l'obligation d'assiduité »¹⁷. Le Conseil d'État soulignera que cette liberté ne devait pas faire obstacle à l'accomplissement des missions dévolues par le législateur au service public de l'éducation. Plus précisément :

« [Elle] ne saurait permettre aux élèves d'arborer des signes d'appartenance religieuse qui, par leur nature, par les conditions dans lesquelles ils seraient individuellement ou collectivement portés, 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 public. »¹⁸

Le Conseil d'État confia à chaque direction d'école le soin d'apprécier si les circonstances justifiaient dans chaque cas l'interdiction d'un signe d'appartenance religieuse. Ultérieurement, le Conseil rappellera le besoin d'évaluer individuellement chaque situation. Il récusera alors toute velléité de considérer le port du foulard islamique comme intrinsèquement contraire aux finalités de l'éducation, notamment en raison de son caractère prétendument « ostentatoire »¹⁹.

De l'ensemble de cette jurisprudence parfois fort ancienne, la laïcité ressort avant tout, non pas comme une proclamation d'athéisme ou comme une injonction à l'irréligion, mais comme un principe d'organisation des rapports État-religions. Via la neutralité de l'État, ce principe vise à assurer l'exercice égal, par tous et chacun, des libertés fondamentales de conscience ou de religion – y compris si nécessaire par l'exercice du culte, dans la mesure où celui-ci demeure respectueux de l'ordre public.

¹⁵ Art. 25 à 36 de la loi de 1905. Voir Conseil d'État, 5 février 1909 (*Abbé Olivier*), *Rec.*, p. 186; Conseil d'État, 25 janvier 1933 (*Abbé Coiffier*), *Rec.*, p. 100; Conseil d'État, 2 juillet 1947 (*Guiller*), *Rec.*, p. 293.

¹⁶ Quitte à nier la « séparation » de l'État et des religions. V. ainsi les dispositions prévoyant le financement public des aumôneries (art. 2, al. 2 de la loi de 1905) et qui visent ainsi à assurer la liberté de culte de ceux qui ne peuvent librement sortir d'un lieu donné : école, asile, hospice, caserne, prison. Voir G. HAARSCHER, *op. cit.*, p. 19.

¹⁷ Avis du 27 novembre 1989, (1991) 3 *R.U.D.H.* 152-154. Pour une analyse de l'avis : Jean RIVERO, « Laïcité scolaire et signes d'appartenance religieuse : l'avis de l'Assemblée générale du Conseil d'État en date du 27 novembre 1989 », (1990) 9 *R.F.D.A.* 1.

¹⁸ Avis du 27 novembre 1989 (précité), p. 153.

¹⁹ Conseil d'État, 27 novembre 1996, (1997) 14 *R.F.D.A.* 171.

1.2 La réinterprétation politique de la laïcité ?

Le rapport déposé en décembre 2003 par la Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, nommée par le Président de la République pour dégager «*le plus large accord*» sur le sens de la laïcité, a pris acte de la portée juridique de celle-ci. Sans la remettre en question dans ses dimensions essentielles, il en a toutefois proposé, dans le cas du port de signes d'appartenance religieuse, une application qui semble difficilement compatible avec la jurisprudence nettement plus accommodante du Conseil d'État. Ce serait trahir l'esprit du rapport, cependant, d'en limiter la portée à cette seule question.

Le rapport²⁰ de la Commission Stasi (du nom de son président) se caractérisait par quatre éléments. D'abord, une vision globale de la laïcité. Le rapport se voulait un diagnostic d'ensembles maux de la laïcité française, «*mise à mal*» par «*[des] comportements, [des] agissements attentatoires à la laïcité [...] de plus en plus nombreux, en particulier dans l'espace public*»²¹ : écoles, hôpitaux, prisons, armée, services publics, rapports du travail. L'énumération des situations de tension rapportées par les témoins entendus par la Commission sera familière à plus d'un observateur québécois: demandes de certaines jeunes filles d'être dispensées d'un cours d'éducation physique; refus par des pères ou des maris de voir leur fille ou leur épouse soignée par un médecin masculin; revendications de non-mixité dans l'utilisation de certains équipements publics; etc.

Ensuite, une prise en compte explicite de la cohésion sociale et de l'égalité des sexes comme paramètres du débat. Préoccupé par la «*dérive du sentiment communautaire vers un communautarisme figé*», le rapport cherchera donc «*la consolidation des valeurs communes qui fondent le lien social*»²². Il affirmera aussi l'existence d'un lien entre la laïcité et l'égalité entre l'homme et la femme: «*aujourd'hui, la laïcité ne peut être conçue sans lien direct avec le principe d'égalité entre les sexes*»²³. Tenu de respecter la laïcité, l'État ne pourra donc rester passif face aux atteintes à l'égalité des sexes.

Le rapport de la Commission Stasi se caractérisait par un troisième élément, la prise en compte de la *discrimination* comme facteur de repli communautaire favorisant la multiplication des revendications religieuses. En effet, le repli communautaire qu'on vient de décrire est «*plus subi que voulu*». Il s'explique par «*les difficultés de l'intégration de ceux qui sont arrivés sur le territoire national au cours [des] dernières décennies*», par «*les conditions de vie dans de nombreuses banlieues [des] villes, le chômage, le sentiment éprouvé par beaucoup de ceux qui habitent sur [le territoire français] d'être l'objet de discriminations, voire d'être rejetés hors de la communauté nationale*»²⁴. Pour cette raison, la défense de la laïcité exigera une lutte de tous les instants contre «*les discriminations sociales et urbaines*», lutte devant constituer «*une priorité nationale*»²⁵.

Le rapport de la Commission Stasi semblait enfin marquer un changement de perspective par rapport à l'avis de 1989 du Conseil d'État sur le port de signes d'appartenance religieuse. La Commission Stasi cherchera à distinguer les contextes, soulignant que la question de l'égalité des sexes ne faisait pas partie des paramètres alors soumis au Conseil d'État par le ministre de l'Éducation nationale. Avec près de quinze ans de recul, la Commission Stasi estimera que «*la question n'est plus la liberté de conscience, mais l'ordre public*»²⁶, un ordre public menacé par la multiplication des situations d'affrontement

²⁰ COMMISSION DE RÉFLEXION SUR L'APPLICATION DU PRINCIPE DE LAÏCITÉ DANS LA RÉPUBLIQUE, *Rapport au Président de la République* (11 décembre 2003), 77 pages [ci-après «*Rapport de la Commission Stasi*»].

²¹ *Ibid.*, p. 5.

²² *Ibid.*, pp. 14 et 17.

²³ *Ibid.*, p. 51.

²⁴ *Ibid.*, pp. 5 et 44.

²⁵ *Ibid.*, p. 51.

²⁶ *Ibid.*, p. 57.

dans les établissements scolaires autour des questions religieuses et par les «pressions» exercées sur «des jeunes filles mineures» pour les contraindre à porter un signe religieux²⁷. La Commission Stasi se réclamera, pour préconiser l'interdiction de tels signes, de la caution de la Convention européenne des droits de l'homme, jugée favorable à un encadrement de l'expression religieuse dans la sphère publique. Toutefois, son rapport ne fera aucune mention, sur le même point, des instruments juridiques de l'ONU, qui sont plus favorables à la manifestation publique de l'appartenance religieuse²⁸. La Commission Stasi invoquera aussi, mais de manière plus ou moins rigoureuse, la notion québécoise d'accommodement raisonnable. L'accommodement raisonnable, qui est un concept juridique avant tout, sera décrit dans le rapport de la Commission Stasi comme le fait «[d']accepter d'adapter l'expression publique de ses particularités confessionnelles et de mettre des bornes à l'affirmation de son identité» en vue de «permet[tre] la rencontre de tous dans l'espace public»²⁹. Peut-être cette description vaut-elle comme prescription visant à assurer le «vouloir-vivre ensemble»; mais, sur le plan juridique, elle est loin de rendre compte de la réalité du concept (v. plus loin).

La réponse du pouvoir politique aura-t-elle été à la hauteur des ambitions des auteurs du rapport Stasi ? Le gouvernement français a certes confirmé la mise en place prochaine d'une Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, donnant ainsi suite à l'une des recommandations de la Commission Stasi, pour qui la lutte contre les discriminations devait devenir une priorité nationale³⁰. En revanche, les autres recommandations, destinées à «réaffirmer» et «faire vivre» la laïcité, semblent avoir suscité un intérêt politique plutôt sélectif. La Commission Stasi avait formulé un ensemble de recommandations découlant de sa vision globale de la laïcité : adoption d'une Charte de la laïcité qui serait distribuée à diverses occasions (rentrée des classes, accueil des immigrants, etc.); apprentissage des principes de la laïcité à l'école; meilleur enseignement du fait religieux; instauration de deux jours fériés se situant hors de la tradition chrétienne; etc. De l'ensemble de ces recommandations, le pouvoir politique n'en aura finalement retenu qu'une seule, celle prônant l'interdiction des signes «ostensibles» d'appartenance religieuse en milieu scolaire public. Ce choix allait à l'encontre des observations de la Commission Stasi, qui avait explicitement mis en garde le législateur contre la logique «réductrice et stigmatisante»³¹ d'une telle approche.

Il n'entre pas dans notre propos de commenter les difficultés d'application prévisibles de la loi de mars 2004, ni ses conséquences politiques, ni la possibilité que l'interdiction des signes «ostensibles» d'appartenance religieuse entre en contradiction avec certains engagements internationaux de la France³².

²⁷ *Ibid.*

²⁸ La France a notamment ratifié le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, dont l'article 18 garantit «la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, par le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement». Dans une «observation générale» sur la liberté de religion, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies précise que cette liberté comprend «non seulement des actes cérémoniels, mais aussi des coutumes telles que [...] le port de vêtements ou de couvre-chefs distinctifs». Voir : NATIONS UNIES (COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME), *Observation générale (n° 22) relative à l'article 18 du Pacte*, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 4 (20 juillet 1993), par. 4.

²⁹ Rapport de la Commission Stasi, pp. 15-16.

³⁰ Voir : Bernard STASI, *Vers la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, rapport présenté au Premier ministre (16 février 2004), 117 pages. On aura noté que l'auteur de ce rapport présidait également la Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République.

³¹ Rapport de la Commission Stasi, p. 54.

³² En ratifiant la *Convention relative aux droits de l'enfant*, la France s'est engagée à respecter l'intérêt supérieur de l'enfant ainsi que son droit à l'éducation. L'ONU s'est inquiétée de l'impact de la loi de mars 2004 sur l'exercice de ces droits. En juin 2004, le Comité des droits de l'enfant a recommandé à la France de «suivre de près» la situation des filles expulsées de leur école en application de la loi. La France a également été invitée à évaluer l'effet de la loi en retenant la jouissance des droits reconnus par la Convention comme «critère déterminant». Voir : NATIONS UNIES (COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT), *Examen des rapports* (... suite)

Contentons-nous de noter une évidence : la loi de mars 2004 marque une volonté de rupture avec la jurisprudence du Conseil d'État, volonté fondée sur la perception d'un risque appréhendé pour l'ordre public. L'objet limité de la loi de mars 2004 empêche de conclure, à ce stade, à une réinterprétation ou à une mutation globale de la laïcité. Mais sans doute peut-on parler d'une modulation dans l'application du principe, une modulation qui, à certains égards, prend les allures d'une crispation.

2 DE L'ACCOMMODEMENT RAISONNABLE À LA « TENTATION FRANÇAISE » : LE DÉBAT QUÉBÉCOIS

À la différence de la France, le Canada ne connaît pas de norme juridique de laïcité proprement dite. Dans un énoncé qui surprendra sans doute un observateur français, le préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés* – qui fait partie intégrante de la constitution – va jusqu'à proclamer que « *le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu* »³³. Cet énoncé récent (1982) n'a vraisemblablement qu'une portée symbolique³⁴, mais il semble contredire l'idée d'une séparation de l'Église et de l'État ou encore de la neutralité religieuse de l'État. Les antiques privilèges confessionnels des catholiques et des protestants en matière scolaire, qui sont toujours en vigueur pour certaines provinces, vont d'ailleurs dans le même sens³⁵.

Le Québec n'est pas en reste. En dépit de la « déconfessionnalisation » des structures scolaires intervenue à la fin des années 90, l'école publique québécoise demeure marquée par les vestiges de la confessionnalité. L'enseignement religieux reste légalement exigible³⁶, bien que l'élève puisse opter plutôt pour l'enseignement moral. L'enseignement se limite aux confessions catholique et protestante, ce qui exige le recours périodique à la faculté de déroger aux principes de non-discrimination inscrits dans les chartes des droits. Pour faire bonne mesure, en 2000, l'école publique s'est trouvée investie par le législateur québécois de la mission de faciliter « *le cheminement spirituel de l'élève* »³⁷.

La problématique des rapports entre l'État et les religions évolue donc au Canada et au Québec dans un cadre juridique différent de celui de la France. Il reste que le fondement principal de ce cadre est la garantie constitutionnelle (ou « quasi constitutionnelle »³⁸) des libertés fondamentales de conscience et de religion et du droit à l'égalité.

En droit canadien la liberté de religion comporte une dimension positive, celle de croire et de professer ses croyances, ainsi qu'une dimension négative, celle de ne pas être forcé d'agir contrairement à sa conscience ou à ses croyances³⁹. Pour l'État, elle implique comme en France une certaine obligation de

présentés par les États parties en application de l'article 44 de la Convention : Observations finales (France), Doc. N.U., CRC/C/15/Add.240 (4 juin 2004), par. 25-26.

³³ *Charte canadienne des droits et libertés* (préambule), partie I de l'annexe B (Loi constitutionnelle de 1982) du *Canada Act, 1982* (ch. 11 des lois du Royaume-Uni pour 1982). La primauté du droit est l'autre principe auquel se réfère le préambule de la Charte.

³⁴ Peter HOGG, *Canada Act, 1982 (Annotated)* (Carswell, 1982), p. 9; Dale GIBSON, *The Law of the Charter: General Principles* (Carswell, 1986), pp. 64-67; William PENTNEY, « Interpreting the Charter: General Principles », *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2^e éd.), G.-A. Beaudoin et E. Ratushny (Carswell, 1989), pp. 53-54.

³⁵ *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 93. Ces privilèges continuent de s'appliquer en Ontario, en Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick dans la mesure où ils existaient en 1867. Le Québec en est dégagé depuis 1997.

³⁶ *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q., c. I-13.3 [ci-après « *L.I.P.* »], art. 5.

³⁷ *L.I.P.*, art. 36.

³⁸ Nous nous référons ici aux textes législatifs que la jurisprudence et la doctrine, faute de mieux, qualifient de quasi constitutionnels en raison de leur caractère fondamental, tels la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., c. C-12.

³⁹ J. WOEHLING, *op. cit.*, pp. 370-375.

neutralité religieuse⁴⁰. Toutefois, l'équilibre entre la neutralité et le respect de la liberté religieuse n'est pas nécessairement le même qu'en France. Le droit canadien se montre plus ouvert que le droit français à l'expression ouverte des appartenances religieuses et ce, même au sein de la sphère publique et sans égard au fait que les revendications peuvent être formulées par des agents du service public⁴¹. Dans cette « spécificité » canadienne, on peut voir le reflet de l'absence d'un concept juridique de laïcité et, peut-être surtout, d'une tradition de tolérance à l'endroit de l'expression religieuse, tolérance qui est parfois allée, comme on l'a vu, jusqu'à incorporer des éléments confessionnels au sein même du corpus législatif.

Pour les fins de notre analyse, nous nous limiterons à faire état des obligations qu'entraîne la notion d'accommodement raisonnable (2.1), puis des remises en question que semble susciter actuellement l'application de cette notion dans le cadre des institutions publiques (2.2).

2.1 De l'égalité formelle à l'accommodement raisonnable

L'évolution des conceptions de la discrimination en droit québécois et canadien traduit bien la malléabilité du concept d'égalité. Dans l'absolu, l'idée d'égalité est «une utopie, un objectif toujours fuyant»⁴² qui peut emprunter des voies nombreuses et diverses, car les conceptions de l'égalité elle-mêmes sont diverses. L'égalité doit-elle être absolue ou relative ? L'égalité poursuivie est-elle celle d'individus ou de groupes d'individus ? Quels individus et quels groupes sont visés ? S'agit-il d'une égalité des droits, d'une égalité des chances ou d'une égalité des résultats ? Dans la poursuite d'une égalité des résultats, jusqu'où pourra aller la prise en considération des différences et visera-t-on ou non à préserver ces différences ?

Les réponses du droit québécois et canadien vont, depuis deux décennies au moins, dans le sens d'une égalité matérielle, attentive aux déséquilibres culturels, sociaux et économiques⁴³. Une étape déterminante aura été la reconnaissance de l'impact discriminatoire qu'une norme d'apparence «neutre» peut avoir sur certaines personnes ayant des caractéristiques d'ordre religieux, notamment⁴⁴. En consacrant l'existence de la « discrimination indirecte⁴⁵ », la Cour suprême du Canada pavera la voie à l'obligation d'accommodement raisonnable. En effet, l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour protéger le droit à l'égalité, dira la Cour, est une «conséquence naturelle»⁴⁶ de ce droit. Dans cette logique, l'accommodement raisonnable, qui consiste à adapter l'application d'une norme ou d'une pratique à la situation particulière d'une personne de façon à éliminer l'impact discriminatoire de cette norme,

⁴⁰ V. par exemple *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295. La Cour suprême du Canada invalide une loi d'inspiration chrétienne remontant au 17^e siècle et qui interdisait de travailler le dimanche sous peine de sanction pénale.

⁴¹ Par exemple, voir *Grant c. Procureur général du Canada*, (1995) 125 D.L.R. (4th) 156 (C.A.F.), où la Cour d'appel fédérale autorise les agents sikhs de la Gendarmerie royale du Canada à porter le turban plutôt que le couvre-chef réglementaire. La Cour suprême du Canada a refusé d'entendre l'appel.

⁴² Muriel GARON et Pierre BOSSET, « Le droit à l'égalité : des progrès remarquables, des inégalités persistantes », dans *Après 25 ans, la Charte québécoise des droits et libertés* (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2003), vol. 2 (étude n° 2), p. 61.

⁴³ Muriel GARON, « Pour une approche intégrée de la discrimination systémique : convergences et contributions des sciences sociales et du droit », (1986) 17 *R.D.U.S.* 194-242.

⁴⁴ *Commission ontarienne des droits de la personne (O'Malley) c. Simpsons-Sears*, [1985] 1 R.C.S. 536. La plaignante avait adhéré à l'Église universelle de Dieu, dont les préceptes interdisent de travailler le samedi. Devant l'impossibilité de concilier son horaire et sa pratique religieuse, l'employeur l'avait reléguée au statut, moins avantageux, d'employée occasionnelle. La plaignante soutenait être victime d'une discrimination fondée sur sa religion.

⁴⁵ Sur la notion de discrimination indirecte, voir généralement : Pierre BOSSET, *La discrimination indirecte dans le domaine de l'emploi (aspects juridiques)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1989.

⁴⁶ Affaire *Simpsons-Sears*, précitée, aux pp. 554 et 555.

sauf si cela occasionnerait une contrainte excessive, est un corollaire du droit à l'égalité garanti par les chartes des droits. Il n'a donc pas à être explicitement énoncé dans un texte législatif pour s'appliquer⁴⁷.

Nous retiendrons de l'obligation d'accommodement raisonnable les caractéristiques suivantes.

D'abord, elle incombe à celui dont les normes ou les pratiques ont un impact discriminatoire, et non à la victime de cette discrimination. Si celle-ci a certaines obligations d'ordre processuel – notamment, faire connaître ses besoins et collaborer à la recherche d'une solution⁴⁸ – elle ne porte aucunement le fardeau de la situation et ce, tant qu'aucune mesure raisonnable d'accommodement ne lui a été proposée. La responsabilité première de chercher une mesure d'adaptation propre à assurer le respect du droit à l'égalité incombe à l'employeur ou à l'institution responsable de la discrimination⁴⁹. On mesure ici la distance qui sépare le concept en droit québécois de la présentation qui en était faite dans le rapport de la Commission Stasi, lequel faisait reposer, rappelons-le, le poids de l'obligation d'accommodement sur les épaules de l'individu.

Ensuite, l'obligation d'accommodement raisonnable trouve sa limite dans la notion de contrainte excessive⁵⁰. Elle ne consiste pas à se plier inconditionnellement à tous les particularismes, personne n'étant tenu de consentir un accommodement « déraisonnable ». Les critères permettant de juger de l'existence ou non d'une contrainte excessive sont d'origine jurisprudentielle et ont été élaborés dans le cadre de rapports employeurs-employés : limites des ressources financières et matérielles, atteinte aux droits d'autrui, perturbation du fonctionnement de l'entreprise ou de l'institution⁵¹. Sont également d'origine jurisprudentielle les critères jugés non pertinents en raison de leur faible valeur probante (inconvenients administratifs, préférences présumées de la clientèle, crainte de créer un précédent, etc.).

Enfin, en tant que corollaire du droit à l'égalité, l'obligation d'accommodement raisonnable n'est pas limitée aux rapports du travail ni même à la sphère privée. La possibilité de revendiquer une mesure d'accommodement raisonnable à l'intérieur de la sphère publique n'est pas sans soulever une problématique propre à cette dernière.

2.2 L'accommodement raisonnable à l'épreuve de la réalité des institutions publiques

L'extension de l'obligation d'accommodement raisonnable hors de son cadre d'origine, celui des rapports du travail, peut avoir des conséquences majeures pour la gestion et l'organisation des services publics⁵². Elle pose le problème de la « raisonnabilité » des accommodements possibles au sein de la sphère publique : établissements d'enseignement, hôpitaux, tribunaux, etc. Les critères qui permettent actuellement d'évaluer si un accommodement occasionne une « contrainte excessive », critères qui ont été élaborés essentiellement dans le cadre de rapports privés (entre employeurs et salariés), ne sont pas nécessairement adaptés aux services publics, lesquels ont des responsabilités envers l'ensemble de la collec-

⁴⁷ En tant que corollaire du droit à l'égalité, l'obligation d'accommodement raisonnable s'applique également quel que soit le motif de discrimination. Outre la religion, il pourra s'agir notamment du sexe, de la grossesse, de l'âge ou du handicap : M. GARON et P. BOSSET, *op. cit.*

⁴⁸ V. ainsi *Autobus Legault c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec (Bédard)*, [1998] R.J.Q. 3022 (C.A.). L'employée avait démissionné sans donner le temps à l'employeur de trouver un accommodement.

⁴⁹ *Renaud c. Central Okanagan School District*, [1992] 2 R.C.S. 970. Cet arrêt confirme également la responsabilité du syndicat dans certaines circonstances.

⁵⁰ *Simpsons-Sears*, précitée, p. 555.

⁵¹ V. généralement Christian BRUNELLE, *Discrimination et obligation d'accommodement raisonnable en milieu de travail syndiqué*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2001, aux pp. 248-251 et l'abondante jurisprudence citée.

⁵² Par analogie, v. l'affaire *Centre communautaire de la communauté sourde du Montréal métropolitain c. Régie du logement*, [1996] R.J.Q. 1776 (T.D.P.). Le tribunal ordonne à la Régie de fournir à un justiciable sourd les services d'un interprète en langue des signes.

tivité. L'élaboration de critères tenant compte de cette mission particulière dévolue aux institutions publiques est sans contredit l'un des défis actuels les plus importants en cette matière⁵³.

Certains éléments normatifs seront propres à certaines institutions. Pour ce qui est du milieu scolaire, les éléments suivants ont déjà été proposés comme limites aux demandes d'accommodement: la fréquentation scolaire obligatoire, le statut du français comme langue d'enseignement, la mixité des classes, le respect des régimes pédagogiques (nombre de jours de classe, matières obligatoires, évaluation des apprentissages)⁵⁴. D'autres éléments seront propres à d'autres univers: le milieu hospitalier, le système judiciaire, l'administration publique. À la lumière de revendications récentes, certaines pistes devront peut-être aussi être explorées. Il n'est pas interdit d'envisager une application de l'obligation d'accommodement qui serait modulée différemment suivant que l'accommodement réclamé consiste en une simple tolérance (à l'endroit du foulard islamique, par exemple⁵⁵) ou en une prestation positive plus contraignante. À cet égard, on peut considérer que certaines institutions publiques ont une clientèle captive ou vulnérable, dont les pratiques religieuses exigent un effort d'adaptation allant au-delà de la simple tolérance. L'école publique, les établissements de détention, certains établissements du réseau de la santé en sont des exemples, dont la clientèle est par définition vulnérable et, parfois au sens propre, captive⁵⁶.

En tout état de cause, il nous semble que l'intégration formelle et explicite d'une préoccupation pour les droits de la personne est devenue nécessaire à la légitimité des solutions juridiques fondées sur l'accommodement raisonnable. Dans une contribution antérieure⁵⁷, nous avons cherché à montrer que l'intégration d'une perspective stratégique au discours juridique était possible dans ce domaine et qu'elle conduisait, non pas à remettre en question la tolérance dont le droit québécois fait traditionnellement preuve à l'endroit des manifestations publiques d'appartenance religieuse, mais au contraire à réaffirmer le rôle unique des institutions publiques dans la socialisation des intéressés et le devoir de tolérance qu'il implique. Nous en demeurons convaincu aujourd'hui. Tout comme en France, où un lien direct a fini par être établi entre l'égalité des sexes et la laïcité, le discours juridique québécois a selon nous tout intérêt à intégrer une préoccupation explicite pour l'égalité des sexes dans l'application de l'obligation d'accommodement raisonnable.

CONCLUSION

Par crainte de dérives ou compromissions, notamment face à la revendication militante des particularismes religieux, la légitimité de l'obligation d'accommodement raisonnable comme outil de régulation de la diversité religieuse se trouve parfois remise en question au Québec. Pour plusieurs, l'approche de «laïcité ferme» incarnée dans la loi française du 15 mars 2004 apparaîtra comme une solution de rechange à l'accommodement raisonnable, solution qui serait davantage susceptible de favoriser le respect de l'égalité des sexes et, ultimement, le maintien de la cohésion sociale.

⁵³ YVES LAFONTAINE, « Égalité et pluralisme dans les institutions publiques : le rôle de la Commission des droits de la personne », dans *Pluralisme, citoyenneté et éducation*, F. Gagnon, M. McAndrew et M. Pagé (Paris, L'Harmattan, 1996), p. 229.

⁵⁴ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Le pluralisme religieux, un défi d'éthique sociale* (Montréal, La Commission, 1995), p. 14.

⁵⁵ Voir : COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *Le port du foulard islamique dans les écoles publiques* (Montréal, La Commission, 1994).

⁵⁶ Rappelons que la prise en considération du caractère « captif » d'une clientèle sous-tend certaines dispositions de la loi française de 1905. V. les dispositions sur le financement public des aumôneries, mentionnées plus haut, note 16.

⁵⁷ P. BOSSET, « Le foulard islamique et l'égalité des sexes : réflexion sur le discours juridique institutionnel en France et au Québec, *op. cit.*, aux pp. 316 à 320.

Ironiquement, cette « tentation française » survient au moment où la France met sur pied un dispositif de lutte contre les discriminations qui s'inspire – entre autres – du modèle québécois. L'existence d'un dispositif juridique et institutionnel de lutte contre les discriminations, susceptible de minimiser les replis communautaires propices à la revendication militante des particularismes religieux, est selon nous un facteur qui contribue à distinguer le Québec de la France. Une normativité juridique du type française heurterait du reste à des obstacles juridiques quasi insurmontables. Le plus significatif de ces obstacles n'est peut-être pas l'absence d'une norme explicite de laïcité – la garantie des libertés de conscience et de religion implique après tout, en droit canadien, une certaine obligation de neutralité de l'État sur le plan religieux – mais la portée différente donnée aux libertés fondamentales par rapport à l'exigence de neutralité. Comme nous avons voulu le démontrer, une approche de « laïcité ferme » serait incompatible avec la garantie des libertés fondamentales et du droit à l'égalité en droit canadien et québécois. L'imposition d'un modèle de « laïcité ferme » à l'encontre de ces garanties juridiques, dont l'accommodement raisonnable fait partie intégrante, ne pourrait se faire qu'au prix d'un recours – politiquement impensable, selon nous – à la faculté de déroger expressément aux principes des chartes des droits.

Du point de vue de la légitimité des solutions juridiques, il reste que la remise en question de l'accommodement raisonnable comme outil de régulation de la diversité religieuse montre l'importance de situer de tels outils dans le cadre d'une stratégie de gestion de la diversité religieuse. Face à la revendication organisée des particularismes, une perspective strictement juridique peut très vite apparaître naïve et désincarnée. À cet égard, le rapport de la Commission Stasi aura eu le mérite de proposer, pour la France, une vision cohérente et stratégique de la laïcité. Le contexte historique, juridique et institutionnel du Québec reste distinct, mais les enjeux globaux de la régulation de la diversité religieuse sont, eux, similaires. En plaidant pour une prise en considération explicite de l'égalité des sexes – en somme, pour une application *stratégique* du principe de laïcité – le rapport de la Commission Stasi a tracé une ligne de conduite pour la suite du débat au Québec, puisque la perspective québécoise de l'accommodement raisonnable, axée sur un examen de faits propre à chaque situation, ne s'est guère montrée propice, du moins jusqu'à maintenant, à une réflexion d'ordre stratégique autour de l'enjeu central qu'est l'égalité des sexes.

PB/cl