

ETUDE SUR LE RAPPORT ENTRE LES DROITS FONDAMENTAUX DE LA PERSONNE ET LES DROITS DES PARENTS EN MATIÈRE D'ÉDUCATION RELIGIEUSE

JOSÉ WOEHLING

Étude 

GROUPE DE TRAVAIL
SUR LA PLACE
DE LA RELIGION À L'ÉCOLE

José Woehrling

**Étude sur le rapport entre
les droits fondamentaux de la personne et
les droits des parents en matière d'éducation religieuse**

Groupe de travail sur la place de la religion à l'école

Étude n° 6

© Gouvernement du Québec
Ministère de l'Éducation, 1999 — 99-0055

ISBN 2-550-34523-1.

Dépôt légal — Bibliothèque nationale du Québec, 1999

Étude sur le rapport entre les droits fondamentaux de la personne et les droits des parents en matière d'éducation religieuse

José Woehrling
Professeur à la faculté de droit
Université de Montréal

Sommaire

Introduction

Première Partie: La liberté de conscience et de religion et l'interdiction de la discrimination religieuse dans la Charte canadienne des droits et libertés et dans la Charte des droits et libertés de la personne du Québec	8
I. - Considérations générales sur la portée de la liberté de conscience et de religion et de l'interdiction de la discrimination religieuse.....	8
A. - Le parallélisme entre la liberté de religion et l'interdiction de la discrimination religieuse	8
B. - Le droit à l'égalité et l'interdiction de la discrimination religieuse; le droit à l'accommodement raisonnable	11
1. - Les éléments constitutifs de la discrimination, directe ou indirecte	11
2. - L'obligation d'accommodement fondé sur le droit à l'égalité.....	14
3. - Les limites de l'obligation d'accommodement.....	21
a) La défense de contrainte excessive	22
b) L'application des clauses limitatives des deux Chartes.....	28
i) L'article 1 de la Charte canadienne	29
ii) L'article 9.1 de la Charte québécoise	30
C. - La liberté de conscience et de religion	34
1. - Les éléments constitutifs de la liberté de religion : le droit au libre exercice et l'obligation de neutralité de l'État en matière religieuse	34
2. - L'obligation d'accommodement comme élément constitutif du droit au libre exercice	41
3. - L'application de la clause limitative de la Charte canadienne en matière de liberté de conscience et de religion	44
II. - La portée de la liberté de conscience et de religion et de l'interdiction de la discrimination religieuse dans le domaine scolaire	46
A. - Les écoles religieuses privées.....	46
1. - Le droit d'envoyer ses enfants dans une école religieuse privé	46
2. - L'absence de droit des écoles religieuses privées au financement public.....	47
B. - La place de la religion dans les écoles publiques	51
1. - La prière et les exercices religieux.....	51
a) Les formes d'exercice religieux contraires aux Chartes	51

b) Les formes d'exercice religieux qui pourraient être conformes aux Chartes	52
2. - L'enseignement religieux	53
a) Les formes d'enseignement religieux contraires à la Charte canadienne	53
b) Les formes d'enseignement religieux ou moral qui pourraient être conformes à la Charte canadienne	55
c) Évaluation par rapport à la Charte canadienne des modalités actuelles d'enseignement moral et religieux dans les écoles publiques du Québec	60
i) Évaluation par rapport au droit à l'égalité.....	63
ii) Évaluation par rapport à la liberté de conscience et de religion.....	65
3. - Le statut confessionnel des écoles	68
a) Évaluation par rapport au droit à l'égalité	70
b) Évaluation par rapport à la liberté de conscience et de religion	72

<u>Deuxième Partie: Les règles du droit international public relatives à la liberté de conscience et de religion,</u> à l'interdiction de la discrimination religieuse et aux droits des parents en matière d'éducation religieuse	76
I. - L'autorité du droit international public devant les tribunaux canadiens	76
II. - La justification du recours au droit international des droits de la personne dans l'interprétation et l'application des Chartes canadienne et québécoise	77
A. - L'argument fondé sur la présomption de conformité du droit interne canadien au droit international	78
B. - L'argument du contexte d'adoption	79
III. - Contenu et portée des normes du droit international relatives à la liberté de conscience et de religion, à l'interdiction de la discrimination religieuse et aux droits des parents en matière d'éducation religieuse	79
A. - Les instruments onusiens	80
1. - La Déclaration universelle des droits de l'homme	80
2. - Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques	81
a) Les articles 2(1), 18 et 26 du Pacte sur les droits civils et politiques.....	83
i) La Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction.....	85
ii) L'Observation générale no 22 (48) (article 18) du Comité des droits de l'homme des Nations Unies	89
iii) Les constatations du Comité des droits de l'homme des Nations Unies dans les affaires <u>Hartikainen</u> et <u>Lindgren</u>	92

b) L'article 27 du Pacte sur les droits civils et politiques	93
i) La Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques	95
ii) L'Observation générale no 23 (50) (article 27) du Comité des droits de l'homme des Nations Unies	97
iii) La controverse sur la portée — négative ou positive — des obligations qui s'imposent aux États en vertu de l'article 27	100
3. - Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels	104
4. - La Convention relative aux droits de l'enfant	105
5. - La Convention et la Recommandation concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement	108
6. - <u>Synthèse des instruments onusiens</u> (en ce qui concerne la liberté des parents de faire assurer l'éducation religieuse ou morale de leurs enfants conformément à leurs convictions)	112
B. - Les instruments du cadre régional américain.....	115
1. - La Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme.....	115
2. - La Convention américaine relative aux droits de l'homme.....	116
C. - La Convention européenne des droits de l'homme et son premier Protocole additionnel	117
1. - La nature des convictions protégées.....	119
2. - Les obligations des États face à l'enseignement privé	120
3. - Les obligations des États dans le cadre de l'enseignement public.....	121
a) L'application de l'article 2 du premier Protocole à l'enseignement public	121
b) Les aspects de l'enseignement public visés	122
c) La nature des obligations de l'État.....	123
d) Le régime des dispenses	124
e) Le droit à la non-discrimination en matière d'enseignement confessionnel à l'école publique	128

<u>Troisième Partie: Les droits des parents en matière d'éducation religieuse en vertu de la Charte des droits et liberté de la personne du Québec.....</u>	130
I. - Le problème de la juridicité des dispositions consacrant les droits économiques et sociaux dans la Charte québécoise	131
II. - L'interprétation de l'article 41 de la Charte québécoise au regard de la Charte canadienne des droits et libertés et des normes du droit international des droits de la personne	135

Synthèse

I. La liberté de conscience et de religion et l'interdiction de la discrimination religieuse dans la Charte canadienne des droits et libertés et dans la Charte des droits et libertés de la personne du Québec - portée générale	143
II. La portée de la liberté de conscience et de religion et de l'interdiction de la discrimination religieuse dans le domaine scolaire.....	147
III. Évaluation par rapport à la Charte canadienne des modalités actuelles d'enseignement moral et religieux dans les écoles publiques du Québec	151
IV. L'impact de l'article 41 de la Charte québécoise sur le régime de l'enseignement moral et religieux dans les écoles publiques du Québec.....	153
V. Évaluation par rapport aux Chartes du statut confessionnel des écoles publiques du Québec	156
VI. Les normes du droit international public relatives à la liberté de conscience et de religion, à l'interdiction de la discrimination religieuse et aux droits des parents en matière d'éducation religieuse	157

Introduction

L'étude qui suit est destinée à examiner les normes juridiques constitutionnelles, quasi-constitutionnelles et internationales qui régissent la place de la religion dans les écoles, principalement les écoles publiques. Nous examinerons les questions du subventionnement des écoles privées, de la confessionnalité des écoles publiques, de l'enseignement confessionnel ou culturel des religions à l'école et, enfin, des «accommodements» qui doivent être consentis dans les écoles, aux élèves, pour leur faciliter la pratique de leur religion. Par contre, nous laisserons de côté les questions liées à l'exercice, par les enseignants, de leur liberté de conscience et de religion et de leur droit à l'égalité sans distinction de religion.

Les instruments dont il faut tenir compte sont, au niveau du droit interne, la Charte canadienne des droits et libertés¹ et la Charte des droits et libertés de la personne² du Québec et, au niveau du droit international, les Conventions, Déclarations et autres instruments qui lient juridiquement le Canada ou qui, même s'ils ne le lient pas, sont néanmoins pris en considération par les tribunaux canadiens et québécois.

Les dispositions des instruments nationaux et internationaux qui imposent un cadre aux aménagements religieux dans les écoles sont principalement celles qui protègent la liberté de conscience et de religion et le droit à l'égalité sans discrimination fondée sur la religion. En outre, certains de ces instruments garantissent, de façon plus précise, le droit des parents d'assurer l'éducation de leurs enfants conformément à leurs convictions philosophiques et religieuses.

Dans une première partie, nous analyserons la liberté de conscience et de religion et l'interdiction de la discrimination religieuse sous l'empire de la Charte canadienne et de la Charte québécoise. La Charte canadienne, en tant qu'elle fait partie de la Constitution du Canada, et dans la mesure où la législature du Québec n'a pas choisi d'y déroger, comme le lui permet l'article 33 de la Charte canadienne, prime sur toutes les lois québécoises, y compris la

¹ La Charte canadienne des droits et libertés (ci-après : la Charte canadienne) est contenue dans la Partie I (articles 1 à 34) de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, R.-U., c. 11; L.R.C. (1985), app. II, n° 44.

² L.Q. 1975, c. 6; L.R.Q., c. C-12 (ci-après : la Charte québécoise).

Charte québécoise. En fait, pour ce qui est de la liberté de conscience et de religion, les dispositions de la Charte canadienne (article 2(a)) et de la Charte québécoise (article 3) ne présentent pas de différences significatives, si bien qu'il y aura lieu de présumer qu'elles doivent recevoir la même interprétation (on verra cependant que l'article 41 de la Charte québécoise³ empêche probablement de transposer entièrement à l'article 3 de celle-ci certaines conséquences qui ont été tirées, en jurisprudence, de l'article 2(a) de la Charte canadienne)⁴. De même, les dispositions des deux chartes qui portent sur le droit à l'égalité interdisent l'une et l'autre, de façon expresse et dans des termes comparables, la discrimination fondée sur la religion⁵.

Dans une deuxième partie, nous examinerons les dispositions pertinentes des instruments internationaux. Selon les principes du droit canadien qui régissent les rapports entre le droit interne et le droit international, les conventions internationales ne sont pas directement invocables devant les tribunaux canadiens et le droit coutumier ne l'est que dans la mesure où il ne contredit pas le droit interne. Par conséquent, dans tous les cas où il y a contradiction entre le droit international, conventionnel ou coutumier, et le droit interne canadien, c'est ce dernier qui prime devant les tribunaux canadiens et québécois. Cependant, si le droit international ne peut être invoqué pour contester la validité d'une législation ou d'une réglementation canadienne ou québécoise devant les tribunaux internes, il est revêtu d'une légitimité politique et d'un prestige moral considérables. Le fait d'établir la non conformité d'une norme juridique interne avec le droit international permet d'exercer, sur les auteurs de cette norme, une pression politique considérable pour les amener à la modifier.

Enfin, dans une troisième et dernière partie, nous analyserons la portée de l'article 41 de la Charte québécoise. Cette disposition, qui n'a d'équivalent exact ni dans la Charte canadienne ni en droit international, garantit le droit des parents «d'exiger que, dans les établissements d'enseignement publics, leurs enfants reçoivent un enseignement religieux ou

³ Précitée, note 2, art. 41 : «Les parents ou les personnes qui en tiennent lieu ont le droit d'exiger que, dans les établissements d'enseignement publics, leurs enfants reçoivent un enseignement religieux ou moral conforme à leurs convictions, dans le cadre des programmes prévus par la loi».

⁴ L'article 2a) de la Charte canadienne reconnaît «à chacun» la «liberté de conscience et de religion» et l'article 3 de la Charte québécoise énonce que «Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion [...]».

⁵ Charte canadienne des droits et libertés, art. 15; Charte des droits et libertés de la personne, art. 10.

J. Woehrling

moral conforme à leurs convictions, dans le cadre des programmes prévus par la loi».

Première Partie : La liberté de conscience et de religion et l'interdiction de la discrimination religieuse dans la Charte canadienne des droits et libertés et dans la Charte des droits et libertés de la personne du Québec

Il faut d'abord exposer un certain nombre de considérations générales sur la portée de la liberté de religion et l'interdiction de la discrimination religieuse avant de passer à leur mise en oeuvre dans le domaine scolaire.

I. - Considérations générales sur la portée de la liberté de religion et de l'interdiction de la discrimination religieuse

A. - Le parallélisme entre la liberté de religion et l'interdiction de la discrimination religieuse

La liberté de conscience et de religion, d'une part, la protection contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, d'autre part, constituent deux droits qui peuvent être invoqués de façon largement interchangeable et qui, par conséquent, se chevauchent. En effet, les normes ou politiques qui restreignent la liberté de religion affectent presque toujours certaines catégories de personnes, de convictions ou de croyances plus que les autres, si bien qu'elles peuvent également être considérées comme discriminatoires⁶. Inversement, les normes qui entraînent de la discrimination au détriment de certaines personnes en raison de leur religion peuvent souvent être considérées comme restreignant leur liberté de religion, dans la mesure où elles ont pour effet de les décourager de rester fidèles à celle-ci (l'inégalité de traitement entraîne une «pression à la conformité» qui peut équivaloir, si elle est assez sérieuse, à une forme de coercition). En outre, comme on le verra plus loin, les tribunaux ont reconnu qu'une obligation d'accommodement en matière religieuse pouvait naître autant en vertu de l'article 2a) que de l'article 15 de la Charte canadienne. Dans les faits, les requérants invoquent presque toujours les deux droits en parallèle.

On peut aller plus loin et affirmer que la liberté de religion inclut, de façon implicite, une

⁶ Ceci est également vrai pour les cas de discrimination indirecte car, en matière religieuse, celle-ci résulte souvent du fait que l'autorité publique sanctionne, pour des raisons laïques, des règles qui correspondent aux pratiques des religions traditionnelles (par exemple, les jours fériés civils correspondent encore aujourd'hui, pour des raisons historiques, aux fêtes religieuses chrétiennes).

certaine exigence d'égalité en matière religieuse. C'est en tout cas le point de vue très clairement adopté par la Cour suprême dans ses deux premières décisions sur la liberté de religion, les arrêts Big M Drug Mart⁷ et Edwards Books⁸. Il importe de souligner que ces décisions ont été rendues à un moment où l'article 15 de la Charte canadienne, portant sur le droit à l'égalité, n'était pas encore en vigueur⁹. Dans l'affaire Big M Drug Mart, le juge Dickson considère qu'une atteinte à la liberté de religion peut résulter soit d'une coercition étatique¹⁰ qui oblige ou empêche quelqu'un de se conformer à une prescription religieuse, soit d'une inégalité de traitement d'une religion par rapport aux autres¹¹.

Cependant, après l'entrée en vigueur de l'article 15 de la Charte canadienne, les tribunaux ont de plus en plus mis l'accent sur l'élément de la coercition dans le cadre de la liberté de conscience et de religion, au détriment de celui de l'égalité, réservant ce dernier pour l'application de l'article 15. Cette tendance est bien illustrée dans les motifs du juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt Adler¹², où elle propose une certaine méthodologie du recours

⁷ R. c. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 R.C.S. 295.

⁸ R. c. Edwards Books, [1986] 2 R.C.S. 713.

⁹ Cette disposition n'est devenue applicable qu'avec trois ans de retard sur les autres dispositions de la Charte canadienne, c'est-à-dire le 17 avril 1985. D'une certaine façon, l'invocation du principe d'égalité, tant que l'article 15 n'était pas encore rentré en vigueur, pouvait également se justifier par le recours à l'article 27, qui contient le principe du multiculturalisme. En effet, ce concept connote une certaine égalité entre les cultures (la culture incluant bien sûr la religion). C'est ce qu'a reconnu le juge Dickson dans l'affaire Big M Drug Mart, précitée, note 7, aux pp. 337 et 338 : «Je suis d'accord avec l'argument de l'intimée qui porte que reconnaître au Parlement le droit d'imposer l'observance universelle du jour de repos préféré par une religion ne concorde guère avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens. Cela est donc contraire aux dispositions expresses de l'art. 27 [...]».

¹⁰ Id., 337 : «La liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. 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».

¹¹ Id., 336 : «Une société vraiment libre peut accepter une grande diversité de croyances, de goûts, de visées, de coutumes et de normes de conduite. Une société libre vise à assurer à tous l'égalité quant à la jouissance des libertés fondamentales et j'affirme cela sans m'appuyer sur l'art. 15 de la Charte» (nous soulignons); 337 : «En retenant les prescriptions de la foi chrétienne, la Loi crée un climat hostile aux Canadiens non chrétiens et paraît en outre discriminatoire à leur égard. [...] 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 société».

combiné aux articles 2a) et 15 de la Charte canadienne, de façon à clarifier la portée et le rôle de chacun d'eux dans les affaires de liberté de religion et d'égalité religieuse :

Si l'alinéa 2a) de la Charte s'intéresse avant tout aux restrictions qu'il faut apporter à une possibilité d'ingérence coercitive de l'État dans le «choix» initial objectif qu'une personne fait de sa religion, l'art. 15, lui, garantit que les conséquences sur le plan du comportement et de la foi — liées à ce choix initial et non considérées comme facultatives par celui qui invoque ces droits — ne seront pas touchées par des mesures prises par l'État d'une façon qui porte atteinte à la dignité et à la considération inhérentes dont il faut faire preuve envers tout être humain. En conséquence, les mécanismes de protection prévus à l'art. 15 pourraient être d'une plus grande étendue que ceux visés à l'al. 2a) du fait que notre préoccupation passe alors de l'aspect coercitif de la mesure prise par l'État à son incidence sur la valeur et la dignité de la personne et du groupe dans le contexte socio-économique du jour.

Comme il vise en soi la dignité et la valeur de la personne, l'art. 15 peut exiger non seulement que le programme gouvernemental soit officiellement accessible à tous les membres de la société, mais aussi qu'il prévoie des mesures supplémentaires, ou des adaptations, pour assurer que tous les membres de la société aient réellement un accès égal à l'avantage en question.¹³

La juge L'Heureux-Dubé semble donc proposer que les mesures qui ont pour effet d'exercer une coercition religieuse soient examinées sous l'article 2a) et que celles qui entraînent un traitement inégal fondé sur la religion le soient sous l'article 15. En outre, elle laisse entendre que l'obligation d'accommodement découlant de l'article 15 de la Charte canadienne est plus exigeante que celle qui découle de son article 2a).

Quant aux juges Sopinka et Major, ils ont souligné le «chevauchement» existant entre les revendications fondées sur l'article 2a) de la Charte canadienne et celles fondées sur l'article 15, ajoutant que «pendant les plaidoiries, il est devenu de plus en plus difficile de déterminer si un argument donné appuyait une revendication fondée sur l'al. 2a) ou une revendication fondée sur l'art. 15»¹⁴. Ils ont ensuite fait les commentaires suivants :

Ce chevauchement peut être dû à la façon dont notre Cour a abordé la question de la liberté de religion dans l'arrêt R. c. Edwards Books and Art Ltd. [...]. Dans cet arrêt, notre Cour a statué qu'une loi de

¹² Adler c. Ontario, [1996] 3 R.C.S. 609.

¹³ Id., 658 (j. L'Heureux-Dubé).

¹⁴ Id., 698 (j. Sopinka).

fermeture le dimanche contrevenait à l'al. 2a) parce qu'elle imposait un fardeau économique à ceux qui observent le samedi notamment, mais non à ceux qui observent le dimanche. L'analyse comportait une comparaison entre l'incidence de la loi en cause sur différents groupes religieux et sur les gens qui n'observent aucun jour de repos hebdomadaire. Pourtant, dans l'arrêt Edwards Books, notre Cour a explicitement refusé d'examiner la question sous l'angle de l'art. 15 parce que cette disposition n'était pas en vigueur à l'époque où les appelants ont été accusés d'avoir enfreint la loi de fermeture le dimanche.¹⁵

B. - Le droit à l'égalité et l'interdiction de la discrimination religieuse; le droit à l'accommodement raisonnable

La Charte québécoise, dans son article 10, et la Charte canadienne, dans son article 15, garantissent le droit à l'égalité et interdisent la discrimination, notamment celle fondée sur la religion; dans les deux cas, la religion est expressément mentionnée comme motif illicite de discrimination. Cette prohibition vise autant la discrimination indirecte, ou discrimination «par suite d'un effet préjudiciable», que la discrimination directe. Alors que la discrimination directe est celle qui repose ouvertement sur un motif prohibé de distinction, comme la religion, la discrimination indirecte découle d'une règle «neutre», qui s'applique de la même façon à tous, mais qui produit néanmoins un effet discriminatoire sur un seul groupe de personnes en ce qu'elle leur impose des obligations ou des conditions restrictives non imposées aux autres membres de la société.

Après avoir rappelé les éléments constitutifs de la discrimination sous la Charte canadienne et la Charte québécoise (autrement dit, les conditions qui doivent être remplies pour établir l'existence d'une discrimination au sens des Chartes), on examinera la portée et les limites de l'obligation d'accommodement raisonnable qui découle du droit à l'égalité.

1. - Les éléments constitutifs de la discrimination, directe ou indirecte

Bien que l'un et l'autre proclament le droit à l'égalité et interdisent la discrimination, les articles 15(1) de la Charte canadienne¹⁶ et 10 de la Charte québécoise¹⁷ n'ont pas la même

¹⁵ Ibid. Pour des réflexions sur les «chevauchements» entre liberté de religion et interdiction de la discrimination religieuse, voir également : Yoram DINSTEIN, «Freedom of Religion and the Protection of Religious Minorities», (1990) 20 Israel Yearbook on Human Rights 155, 174 suiv.

économie générale ni, par conséquent, la même portée. Alors que l'article 10 de la Charte québécoise ne prohibe que les quatorze critères de distinction qu'il énumère de façon limitative (treize, si l'on compte «l'origine ethnique ou nationale» comme un seul motif), la liste de motifs illicites de l'article 15(1) est «ouverte», car précédée du mot «notamment», et selon la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, l'article 15(1) doit être interprété comme prohibant les motifs de distinction énumérés ainsi que les motifs «analogues» (par exemple, la citoyenneté ou l'orientation sexuelle). Cette première différence n'est cependant guère significative dans le cadre de la présente étude puisque, dans les deux dispositions, la religion est expressément mentionnée comme motif illicite de discrimination.

Une deuxième différence entre les deux dispositions est plus importante. L'article 10 de la Charte québécoise, contrairement à l'article 15 de la Charte canadienne, ne garantit pas le droit à l'égalité en tant que tel, c'est-à-dire indépendamment des autres droits et libertés. Une discrimination, pour être illicite, doit pouvoir être rattachée à l'exercice d'un droit ou d'une liberté garantis ailleurs qu'à l'article 10, en l'occurrence les libertés et droits fondamentaux du chapitre I, les droits politiques du chapitre II, les droits judiciaires du chapitre III ou les droits économiques et sociaux du chapitre IV. Cependant, lorsque le deuxième alinéa de l'article 10 dit qu'il y a discrimination quand une distinction fondée sur un des motifs prohibés a pour effet de compromettre «ce droit», il ne peut s'agir d'autre chose que du droit à l'égalité. En renvoyant au droit à l'égalité dans l'exercice des autres droits et libertés, cet alinéa n'exige pas qu'une distinction ait pour effet de violer un autre droit ou une autre liberté, mais bien qu'elle compromette ou détruise le droit à l'égalité lui-même, en relation avec l'exercice d'un autre droit ou d'une autre liberté. Par conséquent, le deuxième alinéa de l'article 10 exige seulement que la

¹⁶ «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».

¹⁷ «10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit».

distinction incriminée se produise dans le champ d'exercice d'un autre droit ou d'une autre liberté.

Cependant, si l'article 10 ne garantit pas un droit à l'égalité indépendant des autres droits et libertés, cela ne signifie pas qu'il est dépourvu de contenu autonome. Ainsi, par exemple, si le législateur enfreint un des droits économiques et sociaux contenus au chapitre IV (articles 39 à 48) de la Charte québécoise, les victimes ne pourront pas invoquer la Charte car les droits économiques et sociaux ne font l'objet d'aucune primauté sur la législation ordinaire, dans la mesure où l'article 52 (la clause de primauté) ne s'applique qu'aux articles 1 à 38. Par conséquent, les droits économiques et sociaux ne sont pas habituellement sanctionnables par les tribunaux à l'encontre du législateur ; d'ailleurs, bon nombre d'entre eux ne sont expressément garantis que «dans la mesure prévue par la loi». Cependant, si la violation d'un droit économique ou social est discriminatoire, et si la distinction est fondée sur l'un des motifs prohibés à l'article 10, celui-ci pourra être invoqué avec succès. Parmi les droits économiques et sociaux figurent le droit à l'instruction publique gratuite (art. 40), le droit des parents d'exiger que, dans les établissements d'enseignement publics, leurs enfants reçoivent un enseignement religieux ou moral conforme à leurs convictions (art. 41) et leur droit de choisir pour leurs enfants des établissements d'enseignement privés (art. 42). Toute discrimination se produisant dans le champ d'exercice de l'un de ces trois droits pourra donc être attaquée sur la base de l'article 10 de la Charte québécoise.

En tenant compte des différences qui viennent d'être mentionnées entre l'article 10 de la Charte québécoise et l'article 15(1) de la Charte canadienne, trois ou quatre éléments constitutifs doivent être réunis pour qu'il y ait discrimination, les trois premiers communs aux deux Chartes, le quatrième propre à la Charte québécoise.

Le premier élément constitutif de la discrimination, au sens des deux Chartes, consiste en une distinction, exclusion ou préférence directement et visiblement inscrite dans une norme, règle, politique ou pratique (discrimination directe) ou découlant des effets concrets d'une norme, règle, politique ou pratique apparemment neutre et qui vise dans les mêmes termes tous ceux auxquels elle s'applique (discrimination indirecte).

Le deuxième élément constitutif est le lien que doit présenter la distinction de traitement avec un motif illicite. Celui ou celle qui se plaint de discrimination doit établir qu'il existe un

lien de cause à effet entre le motif de distinction illicite et la distinction de traitement dont il ou elle se considère victime. Il n'est cependant pas nécessaire que ce motif ait été la seule cause de la différence de traitement; il suffit qu'il y ait véritablement contribué. Dans le cas de la Charte québécoise, la distinction de traitement doit impérativement être fondée sur un des motifs mentionnés dans l'article 10. Dans le cas de la Charte canadienne, il doit s'agir d'un des motifs mentionnés ou d'un motif «analogue». Encore une fois, la religion est expressément mentionnée dans les dispositions anti-discriminatoires des deux Chartes.

Le troisième élément constitutif est le préjudice matériel ou moral sérieux que la distinction de traitement doit causer à un individu ou à un groupe d'individus, alors qu'il n'est pas imposé à d'autres.

Enfin, dans le cadre de la Charte québécoise, la distinction de traitement incriminée doit être effectuée dans le cadre de certaines activités (mentionnées aux articles 10.1 à 19) ou encore à l'occasion de l'exercice des autres droits ou libertés garantis par la Charte. Cet élément est propre à la Charte québécoise et n'intervient pas pour la Charte canadienne.

En conclusion, il faut retenir que les éléments constitutifs de la discrimination au sens des deux Chartes sont assez facilement réunis. Si l'on applique les principes qui précèdent, il faut conclure, par exemple, que le fait de ne donner qu'aux catholiques et aux protestants le droit de recevoir l'enseignement religieux à l'école publique, alors que les adhérents d'autres religions peuvent demander un tel bénéfice, mais sans y avoir droit, entraîne une discrimination fondée sur la religion à l'égard de ces derniers. De même, l'existence d'écoles publiques confessionnelles pour les seuls catholiques et protestants entraîne manifestement une discrimination à l'égard de ceux qui professent une autre religion.

2. - L'obligation d'accommodement fondé sur le droit à l'égalité

Le premier fondement juridique de l'obligation d'accommodement raisonnable est le principe d'égalité et l'obligation s'applique surtout dans les cas de discrimination indirecte. Elle n'a pas à être prévue expressément par le législateur, elle fait partie intégrante du concept même d'égalité. C'est ce qu'illustre la première décision, l'affaire O'Malley¹⁸, dans laquelle

¹⁸ Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons Sears-Limited et autres, [1985] 2 R.C.S. 536.

la Cour suprême a reconnu l'existence de l'obligation d'accommodement, la faisant découler du Code des droits de la personne de l'Ontario¹⁹ qui, à l'époque, ne la prévoyait pas expressément.

Dans une décision postérieure, l'affaire Bergevin²⁰, la Cour suprême a clairement réaffirmé que l'obligation d'accommodement raisonnable découle du principe d'égalité, prévu en l'espèce à l'article 10 de la Charte québécoise, selon lequel il y a discrimination «lorsqu'une [...] distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit». Dans cette affaire, la Cour est arrivée à la conclusion que le calendrier scolaire fixant l'horaire de travail des enseignants, qui faisait partie de la convention collective liant la commission scolaire intimée, dans la mesure où il ne prévoyait pas de congé payé le jour du Yom Kippour, avait un effet discriminatoire indirect à l'égard des enseignants de religion juive, ceux-ci devant prendre une journée de congé pour célébrer leur fête religieuse. Tenant compte du fait que la convention collective prévoyait la rémunération de l'enseignant qui s'absente pour diverses raisons et que dans le passé les absences rémunérées incluaient la célébration du Yom Kippour, la Cour a jugé qu'en l'occurrence l'employeur n'avait pas réussi à faire la preuve que le fait d'accommoder les intéressés, en leur permettant de prendre un jour de congé payé pour célébrer le Yom Kippour, lui imposerait une contrainte excessive. Par conséquent, il ne s'était pas acquitté de son obligation d'accommodement raisonnable. La Cour suprême a donc renversé la décision de la Cour d'appel²¹ qui était majoritairement arrivée à la conclusion qu'il n'y avait pas de discrimination, et rétabli la décision du Tribunal d'arbitrage, qui avait décidé que l'intimée devait payer les enseignants de religion juive qui s'étaient absentés le jour du Yom Kippour.

Dans cette affaire, la Cour a jugé que la plaignante, Mme O'Malley, à laquelle sa religion prescrivait l'observance stricte du sabbat à partir du coucher du soleil le vendredi jusqu'au coucher du soleil le samedi, était victime de discrimination indirecte fondée sur la religion du fait que son employeur insistait pour la faire travailler le vendredi soir et le samedi et que ce dernier ne s'était pas acquitté de son obligation, soit de lui offrir un accommodement raisonnable en modifiant ses horaires de travail, soit de démontrer qu'un tel arrangement entraînerait pour lui une contrainte excessive.

¹⁹ L.R.O. 1980, c. 340. Depuis cette époque, le Code ontarien a été modifié à quelques reprises. En vertu de modifications qui lui ont été apportées en 1986, il prévoit désormais l'obligation d'accommodement raisonnable de façon expresse; voir Code des droits de la personne, L.R.O 1990, c. H-19, art. 11 et 24.

²⁰ Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin, [1994] 2 R.C.S. 525.

²¹ (1992) 48 Q.A.C. 34.

Comme l'illustrent les deux décisions de la Cour suprême qui viennent d'être mentionnées, l'obligation d'accommodement raisonnable apparaît le plus souvent dans des cas de discrimination indirecte, ou discrimination «par suite d'un effet préjudiciable». Une norme directement discriminatoire sera invalidée ou annulée, à moins qu'elle puisse être considérée comme raisonnable (ou, en matière de relations de travail, qu'il ne s'agisse d'une «exigence professionnelle justifiée»). Par contre, une norme ou une politique indirectement discriminatoire sera le plus souvent considérée comme raisonnable et justifiée, si bien qu'il n'y aura pas de raisons de l'annuler. Le corollaire de l'interdiction de la discrimination indirecte consiste plutôt en une «obligation d'accommodement» (ou d'adaptation), c'est-à-dire un devoir pour celui qui est à l'origine de la discrimination de prendre tous les moyens raisonnables pour soustraire les victimes de la discrimination indirecte aux effets de celle-ci, en adaptant ses règles ou ses normes à leur situation particulière. Autrement dit, l'obligation d'accommodement oblige dans certains cas l'État ou les personnes ou entreprises privées à modifier des normes, des pratiques ou des politiques légitimes et justifiées, qui s'appliquent sans distinction à tous, pour tenir compte des besoins particuliers de certaines minorités, notamment les minorités ethniques et religieuses.

Il existe depuis une dizaine d'années une controverse doctrinale et jurisprudentielle pour savoir s'il peut également y avoir obligation d'accommodement raisonnable dans certains cas de discrimination directe, lorsque celle-ci est considérée comme raisonnable et justifiée. Par exemple, lorsqu'une politique d'emploi est ouvertement fondée sur un motif prohibé de distinction (par exemple, la retraite obligatoire à un certain âge), mais que l'employeur réussit à démontrer qu'il s'agit, aux termes de la loi, d'une «exigence professionnelle justifiée» (bona fide occupational requirement), celui-ci se trouve-t-il dès lors dégagé de toute obligation ou doit-il néanmoins s'efforcer d'accommoder les employés touchés par la politique en cause? De nombreux auteurs²², ainsi qu'un certain courant jurisprudentiel chez les tribunaux spécialisés,

²² Voir notamment : Daniel PROULX, La discrimination dans l'emploi : les moyens de défense, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, aux pp. 109 suiv.; Daniel PROULX, «L'accommodement raisonnable, cet incompris : Commentaire de l'arrêt Large c. Stratford», (1996) 41 R.D. McGill 669, 683 suiv.; K. WATKIN, «The Justification of Discrimination under Canadian Human Rights Legislation and the Charter : Why So Many Tests?», (1993) 2 N.J.C.L. 63, pp. 87 et suiv.; Paul HORWITZ, «The Sources and Limits of Freedom of Religion in a Liberal Democracy : Section 2(a) and Beyond», (1996) 54 University of Toronto Faculty of Law Review 1, 62.

considèrent aujourd'hui que les moyens de défense invocables devraient être essentiellement les mêmes, qu'il s'agisse de discrimination directe ou de discrimination indirecte. Dans cette optique, l'obligation d'accommodement raisonnable qui s'applique en matière de discrimination indirecte serait, à toutes fins utiles, identique à l'obligation de rechercher une «autre solution raisonnable» qui existe en cas de discrimination directe et qui fait partie des critères à appliquer pour établir la défense d'exigence professionnelle justifiée. Par contre, la jurisprudence de la Cour suprême sur ce point est hésitante et plutôt confuse²³. Heureusement, il n'est pas nécessaire ici de trancher la question : dans l'immense majorité des situations où il y a discrimination fondée sur la religion, celle-ci est indirecte et provient du fait

²³ Alors que cette cour avait jugé, dans l'affaire O'Malley, précitée, note 18, que l'obligation d'accommodement raisonnable fait partie intégrante du droit à l'égalité et de l'interdiction de la discrimination, elle décidait la même année dans l'arrêt Bindher c. Canadian National Railways Co., [1985] 2 R.C.S. 561, que si l'employeur réussissait à démontrer qu'une politique entraînant une discrimination indirecte pour des motifs religieux constituait une exigence professionnelle justifiée, il était libéré de toute obligation d'accommodement. Par la suite, dans l'arrêt Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (H.R.C.), [1990] 2 R.C.S. 489, 517, au nom d'une majorité de quatre juges contre trois, la juge Wilson a retenu un point de vue consistant à distinguer la défense en matière de discrimination directe de celle qui s'applique en matière de discrimination indirecte : ce n'est que dans le deuxième cas qu'il y aurait obligation d'accommodement raisonnable, le premier cas relevant uniquement de la défense d'exigence professionnelle justifiée. Par contre, dans le même arrêt, le point de vue défendu par le juge Sopinka, en dissidence, revient à considérer que le moyen de défense de l'exigence professionnelle justifiée est le même qu'il s'agisse de discrimination directe ou de discrimination indirecte, un de ses éléments consistant à démontrer l'absence «d'autre solution raisonnable», c'est-à-dire l'impossibilité de tenir compte de la situation particulière des personnes exclues par la politique d'emploi (528). Sans trancher entre les deux positions, ce que les faits de l'espèce ne l'obligeaient pas à faire, le juge Sopinka a exposé ce même point de vue dans l'arrêt Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud, [1992] 2 R.C.S. 970 à la p. 981. Cependant, dans l'affaire Large c. Stratford, [1995] 3 R.C.S. 733, aux pp. 751-52, le juge Sopinka, pour la majorité, revient sur ses positions en affirmant qu'il était erroné d'assimiler l'accommodement individuel à l'exigence concernant l'existence de solutions de rechange raisonnables. Pour une critique mordante de cette opinion, voir Proulx, «L'accommodement raisonnable», *loc. cit.*, note 22, à la p. 691 et s. Dans l'arrêt Eaton c. Conseil scolaire du Comté de Brant, [1997] 1 R.C.S. 241, la Cour suprême a reconnu qu'en vertu de l'article 15(1) de la Charte canadienne, même si ce n'était pas le cas en l'espèce, aucune violation du droit à l'égalité n'ayant eu lieu, un droit à l'accommodement pourrait exister en matière d'accès à l'école publique comme remède à une situation de discrimination directe fondée sur la déficience. S'il y avait eu lieu à accommodement, celui-ci aurait consisté à placer l'enfant handicapé dans l'école de son voisinage, avec l'assistance d'une éducatrice à plein temps, plutôt que dans une classe pour élèves en difficultés. Dans l'arrêt Eldridge c. Colombie-Britannique (P.G.), [1997] 3 R.C.S. 624 aux pp. 673-74, le juge La Forest, pour la Cour, a confirmé cette interprétation de l'arrêt Eaton, *ibid.*

que des règles neutres, applicables à tous, entraînent des effets défavorables pour certaines personnes à cause de leur religion. Depuis la sécularisation des sociétés canadienne et québécoise, la discrimination directe fondée sur la religion est rarissime; elle heurterait de plein fouet les valeurs affirmées dans les chartes canadienne et québécoise. Il en subsiste pourtant certains cas, qui sont d'ailleurs expressément autorisés par les lois sur les droits de la personne. Ainsi, celles-ci prévoient que la religion peut constituer une exigence professionnelle justifiée, par exemple pour l'engagement des enseignants par une école religieuse privée. Dans un tel cas, si la condition liée à la religion est considérée comme véritablement relative à l'accomplissement des fonctions, la discrimination sera permise. De même, la plupart de ces lois autorisent les distinctions justifiées par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif²⁴.

²⁴ Ces deux exceptions à l'interdiction de la discrimination figurent à l'article 20 de la Charte québécoise, précitée, note 2 : «Une 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». Dans l'arrêt Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne), [1988] 2 R.C.S. 279, la Cour suprême a jugé qu'il fallait interpréter le premier volet de l'article 20 (l'exception relative aux aptitudes ou qualités exigées de bonne foi pour un emploi) de façon restrictive, puisqu'il supprime des droits qui autrement recevraient une interprétation libérale. Par contre, la seconde exception (relative aux institutions sans but lucratif), tout en imposant des limites aux droits de certains individus, confère des droits à certains groupes; en effet, elle est destinée à promouvoir le droit de s'associer. Par conséquent, l'interprétation restrictive n'est pas indiquée dans ce cas. Dans cette affaire, le juge Beetz s'exprime comme suit : «[...] l'art. 20 protège le droit de s'associer librement pour exprimer des opinions particulières ou pour exercer des activités particulières. [...] Il est donc logique que les seuls à bénéficier de la protection accordée par l'art. 20 soient les groupes pour qui le simple fait de s'associer entraîne une discrimination fondée sur l'un des motifs énumérés à l'art. 10». Selon Ghislain Otis et Christian Brunelle, «[f]orce est de constater que l'école publique commune ne correspond pas à cette définition des institutions sans but lucratif auxquelles la protection de l'article 20 est destinée; ils ajoutent : «[m]ême l'école ayant un statut confessionnel catholique ou protestant ne pourrait, à notre avis, prétendre que la seule raison d'être de son projet éducatif est la recherche du bien-être des élèves de confession catholique ou protestante»; pour ces auteurs, seules les écoles privées devraient pouvoir se réclamer du deuxième volet de l'article 20; voir : Ghislain OTIS et Christian BRUNELLE, «La Charte des droits et libertés de la personne et la tenue vestimentaire à l'école publique», (1995) 36 Les Cahiers de Droit 599, 636-8. La jurisprudence sur l'application de cette disposition aux écoles publiques est contradictoire. Voir par exemple : Association A.D.G.Q. c. Commission des écoles catholiques de Montréal, (1980) C.S. 93 (l'article 20 s'applique à une commission scolaire confessionnelle); Corporation du Collège Notre-Dame du Sacré-Coeur c. Commission des droits de la personne du Québec, [1994] R.J.Q. 1324 (C.S.) (la deuxième partie de l'article 20 ne s'applique

L'accommodement raisonnable devant être consenti aux victimes de la discrimination indirecte peut prendre plusieurs formes, l'objectif étant de faire disparaître les inconvénients que la règle en cause entraîne pour ces personnes. L'accommodement peut consister à dispenser purement et simplement les intéressés de l'application de la règle contestée. Par exemple, le règlement d'une école prohibant la possession d'armes par les élèves ou interdisant le port de tout vêtement distinctif, s'applique sans distinction à tous, mais a un effet discriminatoire sur ceux dont la religion les oblige à avoir sur eux en permanence un poignard servant au rituel (kirpan) ou à porter le hidjab. À moins qu'on ne puisse démontrer qu'il s'agit d'une contrainte excessive, l'accommodement consiste à prévoir un régime d'exception permettant aux Sikhs de garder leur poignard à l'école²⁵ et aux musulmanes de porter le hidjab²⁶. De même, la condition qui exige des employés qu'ils soient présents au travail

qu'aux institutions privées, mais elle s'applique même lorsque celles-ci sont subventionnées par l'État).

²⁵ Pandori c. Peel Bd. of Education, (1990) 12 C.H.R.R. D/364 (Bd. Inq. Ont.); appel rejeté (1991) 14 C.H.R.R. D/403 (Ont. Div. Court) : il s'agit de deux plaintes conjointes relatives au port du kirpan par un professeur et par des élèves sikhs à l'école. Le professeur et les élèves se sont vu opposer une résolution de la Commission scolaire de Peel interdisant le port du kirpan dans l'enceinte de l'école. Le commissaire autorise le port du kirpan dans cette école mais aux conditions que le kirpan soit d'une taille raisonnable, qu'il soit porté en dessous des habits et qu'il soit tenu fermement dans sa gaine; Pritam Singh c. Wokmen's Compensation Board Hospital, (1981) 2 C.H.R.R. D/459 (Bd. Inq. Ont.) : M. Singh a été informé qu'il ne pourrait pas passer de tests à l'hôpital s'il n'ôtait pas son kirpan, ce qu'il a refusé de faire. La Commission d'enquête décide que l'hôpital aurait pu trouver une solution d'accommodement respectant les croyances de M. Singh; elle ordonne qu'à l'avenir les patients de religion Sikh soient autorisés à conserver leur kirpan, à condition qu'il soit d'une longueur raisonnable, pendant qu'ils reçoivent des soins à l'hôpital; par contre, dans Hothi c. R., [1985] 3 W.W.R. 256 (Man. Q.B.) conf. à [1986] 3 W.W.R. 671 (Man. C.A.), la Cour du Banc de la Reine du Manitoba a confirmé l'ordonnance d'un juge de la Cour provinciale interdisant le port du kirpan dans une salle d'audience. À propos du turban porté par les sikhs, voir : Sehdev c. Bayview Glen Junior Schools, (1988) 9 C.H.R.R. D/4881 (Bd. Inq. Ont.) : une école privée ayant une politique stricte sur l'uniforme refuse l'admission d'un élève sikh à cause du port du turban. La Commission conclut que l'école n'a pas établi que sa politique est raisonnable et de bonne foi dans les circonstances. Elle doit faire des efforts d'accommodement raisonnable et l'objectif de la politique de l'uniforme de l'école ne sera pas compromise du fait de permettre certaines exceptions.

²⁶ À notre connaissance, le port du foulard islamique n'a pas encore donné lieu à une décision judiciaire ou quasi-judiciaire. Par contre, la Commission des droits de la personne du Québec a émis un document dans lequel elle exprime l'opinion que l'application aux jeunes musulmanes qui désirent porter le foulard d'une règle scolaire interdisant le port de vêtements susceptibles de marginaliser les élèves constituerait de la discrimination indirecte : Le port du foulard islamique dans les écoles publiques. Aspects juridiques, par Me Pierre Bosset, conseiller

certaines jours qui constituent pour eux des fêtes religieuses produit un effet discriminatoire à leur égard. Afin de respecter l'obligation d'accommodement, les employeurs seront tenus de leur permettre de prendre un jour de congé payé pour célébrer les fêtes en cause²⁷. L'accommodement peut aussi consister à mettre à la disposition des intéressés des installations ou des avantages particuliers. Par exemple, la pratique de servir le même menu, avec de la viande de porc, dans une prison, dans un hôpital ou dans la cafétéria d'une école, s'applique sans distinction, mais produit un effet discriminatoire sur les personnes de religion juive ou musulmane. L'accommodement consistera à leur offrir des repas différents.

L'accommodement peut être imposé par un tribunal, mais il peut également être négocié à l'amiable et volontairement consenti. Ainsi, la Gendarmerie royale du Canada a décidé de permettre aux Sikhs de servir dans ses rangs en les dispensant de l'obligation de porter le chapeau de feutre traditionnel et en les autorisant à porter plutôt leur turban (et autres symboles religieux, comme la barbe et le kirpan)²⁸. De même, dans un avis du Conseil des communautés culturelles et de l'immigration du Québec²⁹, on donne l'exemple d'une municipalité qui a décidé de réserver l'usage de la piscine municipale aux groupes musulmans pendant une durée de trois heures par semaine, pendant laquelle les autres usagers sont exclus, afin de leur permettre de se baigner entre personnes du même sexe uniquement. Les groupes en cause considéraient que leur religion les empêchait de fréquenter une piscine ouverte en même temps aux personnes des deux sexes. En août 1996, le Congrès juif du Canada est parvenu à une entente avec l'Office de la langue française pour que les produits casher vendus à l'occasion de la Pâque juive, soient dispensés de l'obligation d'être étiquetés en français³⁰.

juridique, Direction de la recherche, Commission des droits de la personne du Québec. Document adopté à la 388^{ème} séance de la Commission, tenue le 21 décembre 1994, par sa résolution COM-388-6.1.3.

²⁷ Voir par exemple les affaires Bergevin, précitée, note 20 et Simpsons Sears, précitée, note 18.

²⁸ Dans Grant c. Canada (Procureur Général), [1995] 1 C.F. 158, la Cour fédérale (Section de 1^{ère} instance) a jugé que les mesures prises par le Commissaire de la GRC pour que les membres de celle-ci soient autorisés à porter des symboles religieux, tel le turban sikh, ne portent pas atteinte aux articles 2a), 7 et 15 de la Charte canadienne. Appel rejeté par la Cour fédérale d'appel le 31-5-1995 (A-368-94, juge Linden).

²⁹ La gestion des conflits de normes par les organisations dans le contexte pluraliste de la société québécoise. Principes de fond et de procédure pour guider la recherche d'accommodements raisonnables; Avis présenté à la ministre des Communautés culturelles et de l'Immigration; Conseil des communautés culturelles et de l'immigration, juillet 1993, p. 63.

³⁰ Charte de la langue française, L.R.Q., c. C-11, art. 51.

Enfin, l'accommodement peut être recommandé par une commission des droits de la personne, comme l'illustrent deux documents de la Commission des droits de la personne du Québec recommandant l'accommodement, l'un pour le régime alimentaire des détenus de foi hébraïque³¹, l'autre pour le port du hijab³².

La très grande majorité des décisions jurisprudentielles qui portent sur l'obligation d'accommodement raisonnable concernent des règles ou politiques adoptées par des personnes ou des organismes privés ou publics relativement aux relations d'emploi, à la fourniture de biens ou de services, au logement ou encore à l'accès à des lieux publics. Mais la question de l'accommodement ou de l'adaptation peut également se soulever dans le domaine législatif et réglementaire, lorsqu'une loi ou un règlement, tout en étant raisonnable et d'application neutre, entraîne une discrimination indirecte fondée sur un motif illicite. Une première option consiste à invalider purement et simplement le texte en cause. L'inconvénient est que la norme sera annulée à l'égard de tous, alors que, par hypothèse, elle est raisonnable et justifiée et n'entraîne d'effets discriminatoires qu'à l'égard d'un petit nombre de personnes. Une autre solution consiste alors en une reformulation judiciaire de la norme contestée, pour éliminer ses effets discriminatoires et rétablir sa conformité avec les Chartes. Cette «reformulation judiciaire» peut prendre différentes formes, qui sont bien connues en droit constitutionnel canadien, l'avantage étant que la validité de la norme pourra être maintenue une fois celle-ci corrigée. Sur le plan des principes constitutionnels, ces techniques sont cependant difficiles à concilier avec le principe de la séparation des pouvoirs puisqu'elles amènent les tribunaux à exercer un véritable rôle de co-législateur. Pour atténuer ce problème, les juges doivent faire preuve de retenue judiciaire : le texte contesté, une fois reformulé par la Cour doit demeurer suffisamment semblable au texte original pour qu'on puisse penser que le législateur l'aurait quand même adopté. Si cette condition ne peut être remplie et que la reformulation judiciaire de la norme indirectement discriminatoire n'est donc pas possible, celle-ci devra alors être invalidée.

3. - Les limites de l'obligation d'accommodement

³¹ Le régime alimentaire des détenus de foi hébraïque : obligations des autorités carcérales, par Me Pierre Bosset, conseiller juridique, Direction de la recherche, Commission des droits de la personne du Québec. Document adopté à la 358^{ième} séance de la Commission, tenue le 31 mai 1991, par sa résolution COM-358-8.1.2.

³² Op. cit., note 27.

Dans le cas des normes adoptées par des organismes privés ou publics relativement aux relations d'emploi ou à la fourniture de biens ou de services, les limites de l'obligation d'accommodement sont constituées par le caractère excessif de la contrainte, des inconvénients ou des coûts qui seraient entraînés par l'accommodement recherché (la preuve de ce caractère excessif étant à la charge de celui qui cherche à se soustraire à l'obligation d'accommodement). Lorsque l'obligation s'impose au législateur ou à l'autorité réglementaire, ses limites découleront de l'application des clauses limitatives des deux Chartes, l'article 1 de la Charte canadienne et l'article 9.1 de la Charte québécoise.

a) La défense de contrainte excessive

Selon la Cour suprême du Canada, laquelle a repris la jurisprudence élaborée par les tribunaux des droits de la personne, pour se défendre avec succès contre une plainte de discrimination indirecte, un employeur ou un fournisseur de biens ou de services (comme un hôpital, une école ou une commission scolaire) doit démontrer, d'une part, que la condition d'emploi ou de fourniture de service indirectement discriminatoire a un lien rationnel avec l'emploi ou le service en cause et, d'autre part, qu'il s'est efforcé d'accommoder les employés ou les usagers victimes dans la mesure où cela n'entraînerait pas de contrainte excessive pour lui³³.

Si l'on peut démontrer que la norme qui entraîne une discrimination indirecte à cause d'un motif illicite n'est pas raisonnablement liée à l'exercice des fonctions — en matière de relations de travail — ou à la fourniture du bien ou du service, la sanction ne sera pas l'accommodement raisonnable, mais plutôt l'invalidation de la norme en cause. Cette condition de lien rationnel est habituellement mise en oeuvre de façon peu exigeante pour l'employeur ou le fournisseur de

³³ Alors que son article 20 prévoit une défense d'exigences professionnelles justifiées en matière de relations d'emploi (supra, note 24), la Charte québécoise ne contient aucune défense expresse de «motif justifiable» pouvant être invoquée en matière de discrimination dans le domaine de la fourniture de biens et de services, contrairement à d'autres instruments de protection des droits et libertés similaires. Il ne faudrait cependant pas conclure qu'aucune défense n'est possible, du moins en cas de discrimination indirecte. En effet, le fondement juridique de l'obligation d'accommodement raisonnable se trouve à l'article 10 de la Charte québécoise. Cette obligation contient forcément sa propre limite, en quelque sorte intrinsèque, qui est précisément le caractère excessif de la contrainte imposée par l'accommodement.

biens ou de services. En fait, il suffit que celui-ci prouve qu'il était de bonne foi lorsqu'il a établi la règle ou la politique en cause, c'est-à-dire qu'il n'avait pas l'intention d'écarter les membres des groupes protégés de l'accès aux emplois ou aux biens et services en question. Ceci revient à démontrer que la règle ou la politique existe pour atteindre des objectifs de rendement et d'économie, d'efficacité, de protection de la santé ou de la sécurité publique. Comme le dit le professeur Daniel Proulx, «il faut donc s'attendre à ce que ce premier élément de la défense d'accommodement soit en règle générale une pure formalité sans grand intérêt»³⁴. À l'occasion, ce critère de rationalité pourra néanmoins être fatal à une norme indirectement discriminatoire, si elle n'est manifestement pas raisonnable. C'est ce que montre par exemple l'affaire Singh c. Royal Canadian Legion³⁵. Dans cette affaire, M. Singh, qui est sikh et dont la femme travaille à la Légion, est informé des règlements de la Légion qui interdisent d'avoir la tête couverte dans ses locaux. En conséquence, il doit annuler sa participation à la fête de Noël organisée par les collègues de sa femme. Il saisit la Commission des droits de la personne d'une plainte de discrimination fondée sur la religion. Après avoir décidé qu'il y avait violation des droits du plaignant, la fête de Noël correspondant à un service offert au public, le Tribunal en arrive à la conclusion que les règlements de la légion exigeant d'avoir la tête découverte dans ses locaux ne sont pas raisonnables et justifiés. Il ordonne donc notamment à la Légion de modifier ses règlements en conséquence. D'autres exemples de normes susceptibles d'être considérées comme non rationnelles sont également imaginables. La politique d'une commission ou d'un établissement scolaire consistant à interdire aux élèves le port de tout signe distinctif religieux pourrait s'avérer vulnérable à l'application du critère de rationalité. Il n'est pas évident qu'une telle prohibition soit raisonnablement liée au bon fonctionnement de l'enseignement public. Le fait que certains établissements permettent le port de tels signes distinctifs, sans qu'apparemment leur bonne marche ne soit mise en péril, pourrait servir à démontrer qu'une politique prohibitive n'est pas nécessaire et repose sur des impressions non vérifiées et des généralisations abusives plutôt que sur des faits réels³⁶. Par

³⁴ D. PROULX, La discrimination dans l'emploi, note 22, p. 72.

³⁵ Singh c. Royal Canadian Legion, Jasper Place (Alta.), Branch No. 255, (1990) 11 C.H.R.R. D/357 (Bd. Inq. Alta.).

³⁶ Dans son ouvrage, La discrimination dans l'emploi, note 22, p. 73, le professeur Daniel PROULX mentionne une décision inédite (Singh c. Security and Investigations Services, B.I. Ont.) qu'il résume de la façon suivante : «[...] la politique de la compagnie de gardiens de sécurité exigeant le port de tous les éléments de l'uniforme, y compris la casquette, et le rasage de la barbe au détriment des membres de la religion sikh, fut jugée non rationnelle par le Pr Cumming parce qu'elle reposait non pas sur des faits objectifs, mais sur le préjugé que

contre, il sera beaucoup plus facile de démontrer que la prohibition du port d'armes par les élèves, dans les établissements scolaires, constitue une exigence raisonnablement liée au bon fonctionnement de l'enseignement public. Dans ce cas, la politique pourra être maintenue, quitte à ce qu'il y ait accommodement raisonnable pour ceux dont la religion exige qu'ils portent toujours un poignard rituel³⁷.

Si la règle qui entraîne une discrimination indirecte est raisonnablement liée aux nécessités de l'emploi ou aux impératifs de bonne gestion du service, elle pourra être maintenue. L'obligation qui s'impose alors au fournisseur de biens ou de services ou à l'employeur consiste à s'efforcer de s'entendre avec les personnes pénalisées par la règle afin de trouver un arrangement tenant compte de leurs besoins légitimes. Selon la jurisprudence, l'obligation d'accommodement, et par conséquent le fardeau de la preuve, reposent initialement sur l'employeur ou sur le fournisseur de biens ou de services. C'est ce dernier qui connaît le mieux son entreprise et sait donc ce qu'il est possible de faire pour accommoder les victimes de discrimination. Par ailleurs, l'obligation de négocier de bonne foi est réciproque dans la mesure où elle s'impose non seulement aux employeurs et aux fournisseurs de biens ou de services, mais également aux demandeurs d'accommodement. Ces derniers doivent coopérer et accepter tout arrangement raisonnable proposé, même s'il n'est pas parfait.

Le caractère excessif de la contrainte constitue l'élément central de la défense en matière d'accommodement raisonnable. Le titulaire de l'obligation doit, s'il veut l'écarter, démontrer que l'accommodement recherché lui causerait une contrainte excessive. Au Canada, la jurisprudence considère qu'un employeur — ou un fournisseur de biens ou de services — ne peut pas faire valoir la contrainte excessive à moins d'être en mesure de démontrer qu'il devra prendre des mesures comportant des difficultés importantes ou nécessitant des frais importants, soit un fardeau nettement excessif sur les plans économique ou administratif. Cela signifie notamment que le caractère excessif de la contrainte devra être déterminé non pas en termes

pour imposer le respect et la crainte aux citoyens, un gardien de sécurité ou un policier doit s'abstenir de porter la barbe et doit endosser l'uniforme classique et connu pour ce genre d'emploi, sans aucune possibilité de la moindre modification». De la même façon, ne pourrait-on pas dire que l'interdiction de tout signe distinctif religieux à l'école n'est pas rationnelle parce qu'elle ne repose pas sur des faits objectifs, mais sur le préjugé que pour former de bons citoyens et apprendre aux enfants le respect mutuel, il faut supprimer les signes d'appartenance religieuse plutôt que de les laisser s'exprimer?

³⁷ Voir, par exemple : Pandori c. Peel Bd. of Education, précité, note 25.

absolus, mais en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes, notamment la taille et les ressources de l'entreprise ou du fournisseur de service ainsi que l'importance des enjeux en cause pour le demandeur. En outre, la jurisprudence et la doctrine sont à l'effet que celui qui veut écarter une obligation d'accommodement en invoquant la contrainte excessive doit démontrer les coûts et les autres conséquences indésirables de l'accommodement sur la base de preuves factuelles, et non à partir de simples hypothèses ou de spéculations théoriques.

Examinons à présent les facteurs de contrainte excessive susceptibles d'être invoqués. Il s'agit principalement des coûts entraînés par l'accommodement recherché, de l'entrave à l'exploitation de l'entreprise ou du service et, en troisième lieu, des droits d'autrui.

Dans le cas d'une entreprise ou d'un service public qui n'est pas soumis à l'impératif de la rentabilité et dont le financement repose — directement ou indirectement — sur les fonds publics, l'argument du coût semble reçu avec moins de sympathie par les tribunaux que dans le cas d'une entreprise privée, dont le fonctionnement obéit à la logique du profit. En effet, il est relativement facile pour les tribunaux, dans le cas d'un organisme financé par le gouvernement, d'en arriver à la conclusion que la dépense supplémentaire exigée par l'accommodement ne constitue qu'une fraction minime du budget total de l'organisme concerné, voire du budget de l'État. En outre, une telle attitude se justifie aisément suivant l'argument que les coûts supplémentaires seront répartis sur la grande masse des contribuables et n'entraîneront, pour chacun d'eux, qu'une dépense minime et, de toute façon, invisible. Cette tendance à considérer les dépenses publiques comme extensibles rend évidemment beaucoup plus difficile la défense de contrainte excessive fondée sur les coûts de l'accommodement réclamé.

On doit se demander si les demandeurs d'accommodement ne devraient pas assumer en tout ou en partie les coûts supplémentaires occasionnés par les arrangements particuliers qu'ils réclament. On constate que les organismes spécialisés dans la mise en oeuvre des droits de la personne ne rejettent pas complètement cette idée, mais qu'ils ont tendance à se montrer assez peu exigeants à l'égard du demandeur d'accommodement et à considérer que, dans la mesure du raisonnable, le surcoût devrait être réparti sur l'ensemble des contribuables ou des usagers du service public en cause.

En matière de relations d'emploi, le deuxième grand facteur de contrainte excessive est

l'entrave à l'exploitation sûre et économique de l'entreprise. Dans le domaine des biens ou services, on parlera plutôt d'entrave au fonctionnement efficace et économique du service. La règle qui entraîne l'effet discriminatoire doit être nécessaire au fonctionnement efficace et économique du service. Il s'agit donc de déterminer si la règle peut être réaménagée pour éviter la discrimination, tout en permettant l'exploitation de l'entreprise ou le fonctionnement du service de façon efficace et économique.

En matière de relations d'emploi, le troisième grand facteur de contrainte excessive concerne les effets de l'accommodement recherché sur les droits des autres employés. Dans le domaine de la fourniture de biens ou de services ou d'accès aux lieux publics, on parlera plutôt des effets de cet accommodement sur les droits des autres clients de l'entreprise ou du service, ou encore sur les droits de la population en général.

Le droit fondamental avec lequel les demandes d'accommodement fondées sur la religion risquent le plus d'entrer en conflit est celui de l'égalité des femmes³⁸. En effet, de nombreuses religions contiennent des principes concernant par exemple la vie familiale, les successions, le statut des personnes ou le code vestimentaire qui sont incompatibles avec l'égalité des sexes dans la mesure où ils confinent la femme à un statut subordonné. Lorsqu'une collectivité religieuse exige des adaptations à la législation civile ou aux politiques d'organismes privés ou publics pour faire respecter ces pratiques et représentations discriminatoires, l'accommodement recherché entrera en conflit avec le droit à l'égalité des femmes. La solution à ce conflit de droits dépendra de différents facteurs dont l'importance accordée à la pratique religieuse en cause, la gravité de la violation au droit à l'égalité et aux autres droits éventuellement atteints, l'existence d'un consentement éclairé de la part des personnes dont les droits sont mis en cause et enfin, l'effet de la solution adoptée sur la société

³⁸ La jurisprudence américaine offre des exemples intéressants dans le domaine scolaire; dans Bollenbach v. Monroe-Woodbury Cent. School Dist., 659 F. Supp. 1450 (S.D. N.Y. 1987), on a jugé que la décision de la Commission scolaire d'exclure les femmes comme chauffeurs d'autobus pour les circuits déservant les écoliers masculins juifs hassidiques était contraire au Premier amendement ainsi qu'au Civil Rights Act de 1964 (la décision avait été prise pour accommoder l'exigence de séparation stricte des deux sexes faisant partie des règles hassidiques); dans Parents' Association of P.S. 16 v. Quinones, 803 F. 2d 1235 (2d Circ. 1986), un projet de la municipalité de mettre à la disposition des écolières juives hassidiques des locaux physiquement distincts, à l'intérieur d'une école publique, et un corps professoral uniquement féminin, a aussi été jugé contraire au Premier amendement.

dans son ensemble.

Les pratiques religieuses exigeant par exemple la mutilation des femmes sont clairement inacceptables et ne sauraient faire l'objet d'aucun accommodement. Quelle que soit l'importance religieuse d'une telle pratique pour ses adhérents, la gravité de la violation qu'elle entraîne au droit à l'égalité et au droit à la sécurité des femmes est telle qu'elle ne doit pas être tolérée et l'apparent consentement des victimes irait à l'encontre de l'ordre public. Par ailleurs, pour autant qu'on puisse considérer qu'il y a de leur part renonciation aux droits en cause, celle-ci devrait être jugée invalide. Les règles concernant le port du voile islamique entraînent une violation du droit à l'égalité qui reste bien moins grave que la précédente. En outre, il est parfaitement concevable que des femmes acceptent en toute liberté de se soumettre à une telle pratique et en retirent des avantages personnels importants de nature psychologique et spirituelle. Il est cependant vraisemblable qu'un grand nombre de femmes appartenant aux collectivités religieuses en cause n'accepteront une telle pratique que sous la pression — directe ou diffuse — de leur famille et de leur environnement social. Cependant, l'interdiction du hijab risque d'entraîner une crispation chez les parents musulmans. Il est somme toute préférable que les jeunes musulmanes fréquentent l'école publique en portant le voile plutôt que de rester enfermées chez elles ou d'être envoyées dans une école religieuse privée. En suscitant chez une collectivité minoritaire la crainte de perdre son identité, on augmente les risques de la voir succomber à la tentation du fondamentalisme et de l'intégrisme pour se défendre contre ce qu'elle percevra alors comme une pression assimilationniste. Il vaut sans doute mieux accepter les pratiques traditionnelles, du moins celles qui ne sont pas dangereuses pour l'intégrité physique et psychologique des personnes, en espérant qu'elles permettront aux membres des minorités, tout en conservant le support de leur milieu d'origine, d'amorcer leur intégration dans le milieu plus large de la société d'accueil. L'équilibrage, ou pondération, de toutes ces considérations, dans la mesure où il est extrêmement difficile à réaliser, entraînera inévitablement des résultats imparfaits qui provoqueront l'insatisfaction de certaines, voire de toutes, les parties concernées. En outre, une telle pondération peut difficilement être réalisée dans l'abstrait; elle devra plutôt tenir compte de toutes les variables des situations factuelles dans lesquelles le problème surgira.

Si les mesures d'accommodement accordées à certaines personnes ne doivent pas avoir d'effet discriminatoire déraisonnable sur d'autres, le simple fait de prévoir un traitement

particulier pour les demandeurs d'accommodement ne constitue pas de la «discrimination à rebours», si cette mesure est nécessaire pour éviter que ceux-ci ne soient pénalisés du fait de leur appartenance à un groupe minoritaire. C'est ce qu'illustre le jugement de la Cour suprême dans l'affaire Bergevin³⁹. Dans cette affaire, la Cour d'appel du Québec, à la majorité, avait considéré que le fait d'accorder à des enseignants juifs un congé payé d'une journée pour assister à la fête religieuse du Yom Kippour serait «de nature à créer une discrimination à rebours» en imposant aux enseignants non visé par l'accommodement de travailler un jour de plus. En Cour suprême, ce point de vue a été énergiquement rejeté. Le juge Cory a souligné que la convention collective prévoyait qu'un enseignant pouvait s'absenter jusqu'à trois jours par an sans perte de traitement si cette absence était justifiée par un motif «valable»⁴⁰. Qui plus est, il a relevé que, par le passé, les absences rémunérées incluaient la célébration du Yom Kippour (ce qui, au demeurant, démontrait que le remplacement et la rémunération des enseignants juifs absents ce jour là ne constituaient pas un fardeau déraisonnable pour l'employeur)⁴¹.

Comme les exemples mentionnés le montrent, le concept d'accommodement raisonnable et les critères dégagés pour sa mise en oeuvre, bien qu'ils puissent être exposés et généralisés sur un plan théorique, font l'objet d'une application qui dépend très étroitement des faits propres à chaque affaire. Par conséquent, les résultats dans un cas particulier sont très difficilement prévisibles si on ne connaît pas tous les faits de façon détaillée. Même s'ils sont connus, le pronostic reste ardu, car il est presque impossible de prévoir l'importance que l'autorité décisionnelle attachera à chacun des faits pertinents.

b) L'application des clauses limitatives des deux Chartes

Lorsque l'obligation d'accommodement s'impose au législateur ou à l'autorité réglementaire, ses limites découlent de l'application des clauses limitatives des deux Chartes, l'article 1 de la Charte canadienne⁴² et l'article 9.1 de la Charte québécoise⁴³.

³⁹ Précitée, note 20.

⁴⁰ Id., 546-550 (j. Cory).

⁴¹ Id., 550 (j. Cory).

⁴² L'article 1 de la Charte canadienne, précitée, note 1, énonce :

«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

i) L'article 1 de la Charte canadienne

La première condition posée par l'article premier de la Charte canadienne est que la restriction doit être prescrite par une «règle de droit». Selon la Cour suprême, cette condition est remplie si la restriction est prévue expressément par une loi ou un règlement, ou si elle découle nécessairement des termes d'une loi ou d'un règlement, ou de ses conditions d'application. La restriction peut aussi résulter de l'application d'une règle de common law.

Celui qui veut repousser l'obligation d'accommodement doit démontrer que l'application intégrale de la norme, sans les exceptions réclamées par le demandeur, est nécessaire pour atteindre un objectif législatif légitime et important. Plus précisément, sous l'empire de l'article 1 de la Charte canadienne, en appliquant le test de l'arrêt Oakes⁴⁴, il faudra démontrer successivement que l'application entière de la norme constitue un moyen rationnel d'atteindre l'objectif législatif; qu'il n'existe pas de moyens d'y parvenir qui soient moins attentatoires aux droits en cause (critère de l'atteinte minimale); enfin, qu'il y a proportionnalité entre les effets bénéfiques de la mesure et ses effets restrictifs⁴⁵. En fait, le critère de l'atteinte minimale, qui est au coeur du test de l'article 1, correspond en grande partie, pour ce qui est des concepts, à la défense de contrainte excessive qui permet de s'opposer à l'obligation d'accommodement raisonnable dans le cadre des lois sur les droits de la personne. C'est ce qui ressort très clairement du jugement de la Cour suprême dans l'affaire Edwards Books⁴⁶, où l'application du critère de l'atteinte minimale amène la Cour à se demander si le législateur ontarien, en interdisant l'ouverture des magasins le dimanche et en prévoyant certaines exceptions pour démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

⁴³ L'article 9.1 de la Charte québécoise, précitée, note 2, énonce :

«Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec. La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice».

⁴⁴ R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103.

⁴⁵ Pour une analyse de ce test et de son évolution subséquente, en particulier dans l'arrêt Edwards Books, précité, note 8, voir : José WOEHRLING, «L'article 1 de la Charte canadienne et la problématique des restrictions aux droits et libertés : l'état de la jurisprudence de la Cour suprême», dans Droits de la personne : l'émergence de droits nouveaux - Aspects canadiens et européens (Actes des Journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures, 1992) Cowansville, Éditions Yvons Blais, 1993.

⁴⁶ Edwards Books, précité, note 8.

ceux qui ferment déjà le samedi, a suffisamment fait d'efforts pour accommoder les commerçants qui, pour des raisons religieuses, doivent respecter un jour de repos autre que le dimanche⁴⁷.

ii) L'article 9.1 de la Charte québécoise

Dans le cas de la Charte québécoise, si l'accommodement raisonnable est réclamé en vertu de la liberté de religion garantie à l'article 3, on appliquera la clause limitative contenue à l'article 9.1. La Cour suprême a jugé, dans l'arrêt Ford⁴⁸, qu'elle doit être mise en oeuvre selon les mêmes critères que l'article 1 de la Charte canadienne⁴⁹. Les choses seront

⁴⁷ Id., 772 suiv. (j. en chef Dickson). Dans l'affaire Eldridge, précitée, note 23, aux pp. 681-82, le Juge La Forest, pour la Cour, a souligné que, dans les cas où l'article 15(1) de la Charte canadienne, supra note 1 s'applique, il était préférable d'examiner la défense de contrainte excessive dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier; il ajouta que «[d]ans ce contexte, le principe des accommodements raisonnables équivaut généralement au concept des "limites raisonnables"». Pour une bonne illustration de la similarité entre la défense de contrainte excessive, dans le cas d'une discrimination indirecte provenant du comportement des autorités scolaires, et l'application de l'article premier de la Charte canadienne, dans l'hypothèse d'une semblable discrimination provenant d'un texte réglementaire, voir : Islamic Federation of Ontario v. Ottawa Board of Education, (1997) 43 C.R.R. (2d) 151 (Ont. Div. Ct.). Dans cette affaire, les requérants demandaient que la Commission scolaire ferme ses écoles à l'occasion de deux grandes fêtes religieuses musulmanes ou, alternativement, que le règlement adopté en vertu de la Loi scolaire, L.R.O. 1990, c. E.2, et qui prévoyait que Noël, le Vendredi Saint et le Lundi de Pâques sont des jours fériés, soit déclaré inconstitutionnel comme entraînant une discrimination fondée sur la religion contre les musulmans et comme restreignant également la liberté de religion de ces derniers. Concernant la validité du règlement, la Cour a jugé qu'en admettant qu'il restreignait effectivement les droits garantis par la Charte canadienne, cette atteinte pouvait cependant être justifiée en vertu de l'article premier de celle-ci. L'objectif du règlement, celui d'assurer que les enfants aient les mêmes jours fériés que les travailleurs, était laïque et valide et le critère de l'atteinte minimale était satisfait dans la mesure où il n'aurait pas été possible de retenir un calendrier moins gênant pour les musulmans. La Cour a souligné que le règlement prévoyait qu'un enfant est dispensé de l'obligation d'assiduité scolaire s'il s'absente de l'école pour participer à une fête religieuse. Concernant l'obligation d'accommodement des autorités scolaires, la Cour a jugé que celle-ci avait été remplie dans la mesure où la Commission scolaire avait prévu que des enseignants pourraient aider les enfants absents pour une fête religieuse à faire du rattrapage et qu'elle avait donné comme directive de ne pas prévoir d'examen ou d'activités importantes lors des fêtes religieuses musulmanes. L'obligation d'accommodement n'allait pas jusqu'à obliger la Commission à fermer ses écoles durant de telles fêtes.

⁴⁸ Ford c. P.G. Québec, [1988] 2 R.C.S. 712.

cependant plus compliquées si l'accommodement raisonnable est réclamé en vertu de l'article 10 de la Charte québécoise qui interdit la discrimination, notamment celle fondée sur la religion, dans un certain nombre de domaines d'activités ainsi que dans l'exercice des autres droits et libertés contenus dans la Charte. En effet, l'article 9.1 ne vise que les dispositions qui le précèdent et ne s'applique pas à l'article 10⁵⁰.

Dans la mesure où la Charte québécoise interdit la discrimination découlant de certains agissements de personnes privées ou d'organismes étatiques, les seules exceptions à cette prohibition sont celles expressément prévues aux articles 14, 18, 19 et 20. Le problème est plus complexe en ce qui concerne l'application de l'article 10 à l'activité normative du législateur. D'une part, comme il vient d'être mentionné, l'article 9.1 ne vise pas l'article 10; d'autre part, celui-ci ne contient qu'une seule disposition limitative susceptible d'être invoquée par le législateur, qui concerne l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge «sauf dans la mesure prévue par la loi». Il faut dès lors se demander si l'article 10 place le législateur sous le coup d'une interdiction absolue d'adopter des distinctions fondées sur l'un des treize autres critères prohibés, autrement dit si une loi contenant ou entraînant une telle distinction n'est en aucun cas susceptible de justification.

La doctrine est divisée sur cette question délicate et les réponses apportées jusqu'à présent par la Cour suprême ne sont pas tout à fait dénuées d'ambiguïté. En fait, le problème se pose différemment selon que l'article 10 est appliqué en conjonction avec un droit soumis à une disposition limitative spécifique⁵¹ ou à l'article 9.1, ou avec un droit qui n'est soumis à

⁴⁹ *Id.*, 770-771 (la Cour).

⁵⁰ *Id.*, 781 (la Cour).

⁵¹ Mise à part la disposition limitative de l'article 9.1, les droits ou libertés garantis dans une douzaine d'articles de la Charte québécoise, précitée, note 2, sont assortis de limites particulières. Ces dispositions limitatives spécifiques se rangent en deux catégories, selon qu'elles confèrent au législateur une autorité discrétionnaire pour restreindre les droits et libertés ou qu'elles énoncent un standard limitatif demandant à être appliqué par les tribunaux. Dans la première catégorie, on peut par exemple ranger l'article 6, qui garantit le droit à la jouissance paisible et à la libre disposition des biens, «sauf dans la mesure prévue par la loi» ou l'article 9, en vertu duquel une «disposition expresse de la loi» peut autoriser les personnes tenues au secret professionnel à divulguer les renseignements confidentiels qui leur ont été révélés en raison de leur état ou profession. Dans la deuxième catégorie, on trouve notamment l'article 2 qui dispose que tout être humain dont la vie est en péril a droit au secours; toute personne doit porter secours à celui dont la vie est en péril, «à moins d'un risque pour elle ou pour

aucune disposition limitative.

Depuis l'arrêt Devine⁵², la situation semble relativement claire pour ce qui est de l'application de l'article 10 en conjonction avec les articles 1 à 9 de la Charte québécoise auxquels s'applique l'article 9.1 ou avec un des articles qui contiennent une clause limitative spécifique. En effet, étant donné que ces articles sont soumis à une disposition limitative, les droits et libertés qu'ils garantissent peuvent être restreints par le législateur de façon raisonnable et, par conséquent, le droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice de ces droits est lui-même susceptible d'être relativisé de façon indirecte. En d'autres termes, selon la Cour suprême, l'article 10 garantit le droit à l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés prévus aux articles 1 à 9 en tenant compte des limites raisonnables que peut leur apporter le législateur.

Pour ce qui est des cas de combinaison de l'article 10 avec les autres dispositions de la Charte québécoise qui ne contiennent aucune clause limitative spécifique et qui ne sont pas davantage soumises à la disposition limitative de l'article 9.1, la Cour suprême, dans l'affaire Forget⁵³, semble avoir introduit dans l'article 17 de la Charte québécoise — pour autant qu'il s'applique au législateur —, une disposition limitative implicite permettant d'apporter des restrictions raisonnables au droit à l'égalité en matière d'admission dans une corporation professionnelle⁵⁴. Par la suite, dans l'affaire Devine⁵⁵, la Cour suprême a «expliqué» ce développement de l'arrêt Forget⁵⁶ de la façon suivante :

Bien que le juge Lamer ait conclu que la procédure d'examen avait un effet différent à l'égard des non-francophones et créait donc une distinction fondée sur la langue usuelle, il a également conclu que la distinction ne portait nullement atteinte au droit, enchâssé à l'art. 17 de la Charte québécoise, d'être admis dans une corporation professionnelle sans discrimination. Le droit garanti par l'art. 17 envisageait les tiers ou d'un autre motif raisonnable. De même, l'article 24.1 prévoit que nul ne peut faire l'objet de saisies, perquisitions ou fouilles «abusives. Dans ces deux cas, par conséquent, le caractère raisonnable de la restriction au droit ou à la liberté en cause devra être apprécié par les tribunaux.

⁵² Devine c. P.G. Québec, [1988] 2 R.C.S. 790.

⁵³ Forget c. P.G. Québec, [1988] 2 R.C.S. 90.

⁵⁴ Id., 102-104 (j. Lamer)

⁵⁵ Précité, note 52.

⁵⁶ Précité, note 53.

nécessairement des critères d'admission raisonnables, y compris une connaissance appropriée du français et des mesures raisonnables permettant de vérifier la compétence des postulants.⁵⁷

Si l'article 17 est assorti d'une disposition limitative implicite qui permet au législateur de faire des distinctions prohibées par l'article 10 à condition qu'elles puissent être considérées comme raisonnables, pourquoi n'en irait-il pas de même pour d'autres dispositions de la Charte québécoise et, en particulier, pour l'article 10 lui-même? Cette question devra manifestement être clarifiée par la Cour. En attendant, soulignons que la doctrine est divisée sur la façon dont il convient d'évaluer l'approche de la Cour suprême. Le professeur Daniel Proulx la critique très sévèrement et la considère comme erronée. Il estime que la Cour se trompe en considérant qu'une distinction fondée sur l'un des motifs prohibés par la Charte québécoise et qui restreint l'un des autres droits garantis, n'est discriminatoire que dans la mesure où l'on peut démontrer qu'elle est arbitraire, c'est-à-dire non raisonnable et non justifiable. Selon lui, une telle distinction ne devrait pouvoir être justifiée que dans la mesure où il s'agit d'un cas où l'article 10 se combine avec un autre droit ou une autre liberté expressément soumis à une disposition limitative. Autrement dit, le professeur Proulx déplore que la Cour ajoute, par interprétation, une disposition limitative implicite permettant de justifier certaines dérogations à l'article 10⁵⁸.

Par contre, les professeurs Brun et Tremblay approuvent l'approche adoptée par la Cour suprême dans l'affaire Forget⁵⁹. Selon eux, lorsque l'article 10 est invoqué contre des actes de puissance publique (par opposition aux actes de nature privée), dont au premier chef les lois et les règlements, les tribunaux doivent appliquer «un critère général de raisonabilité, selon lequel il faut se demander si la distinction, exclusion ou préférence est arbitraire»⁶⁰. Nous

⁵⁷ Précité, note 52, 819 (la Cour) (nous soulignons).

⁵⁸ Daniel PROULX, «La norme québécoise d'égalité dérape en Cour suprême : commentaire des affaires Forget, Devine et Ford», (1990) 24 Revue juridique Thémis 375.

⁵⁹ Précitée, note 53.

⁶⁰ Henri BRUN et Guy TREMBLAY, Droit constitutionnel, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, pp. 958-959. Pour les auteurs, ce critère général de raisonabilité peut être tiré par interprétation du deuxième alinéa de l'article 10 de la Charte québécoise, précitée, note 2, qui énonce : «Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit». Voir également la 3e édition du même ouvrage (1997), à la p. 1079.

partageons entièrement ce point de vue, pour la simple et bonne raison que la solution inverse entraînerait des conséquences absurdes. En effet, la législation québécoise contient de nombreuses distinctions fondées sur l'un des motifs prohibés à l'article 10 de la Charte québécoise, surtout si l'on applique le concept de discrimination «indirecte» ou «par suite à un effet préjudiciable». Nombreuses seront également les distinctions qui pourront être perçues comme restreignant une autre liberté ou droit garantis par la Charte. Étant donné la non-application de la clause limitative de l'article 9.1 à l'article 10, à moins d'accepter un critère de raisonnabilité implicite, les tribunaux se trouveraient à déclarer un grand nombre de mesures discriminatoires sans qu'aucune défense de raisonnabilité ne puisse même être soulevée. Dans tous ces cas, pour sauvegarder les mesures en cause, il faudrait alors que le législateur québécois fasse appel à une disposition de dérogation à la Charte en vertu de l'article 52 de celle-ci⁶¹.

C. - La liberté de conscience et de religion

Comme nous l'avons déjà souligné, les dispositions de la Charte canadienne et de la Charte québécoise relatives à la liberté de conscience et de religion ne présentent pas de différences significatives. La jurisprudence et la doctrine portent principalement sur l'article 2(a) de la Charte canadienne. Les enseignements susceptibles d'en être tirés peuvent cependant être appliqués à l'article 3 de la Charte québécoise.

1. - Les éléments constitutifs de la liberté de religion : le droit au libre exercice et l'obligation de neutralité de l'État en matière religieuse

La liberté de conscience et de religion est garantie, dans les Chartes canadienne et québécoise, de façon lapidaire, sans énonciation de ses éléments constitutifs. Dans l'affaire Big M Drug Mart⁶², où la Cour suprême avait pour la première fois l'occasion d'interpréter l'article 2a) de la Charte canadienne, la compagnie requérante contestait la validité de la Loi sur le dimanche⁶³ fédérale qui imposait la fermeture des magasins le dimanche pour des raisons

⁶¹ «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».

⁶² Précité, note 7.

⁶³ S.R.C. 1970, chap. L-13.

d'observance religieuse. Parlant au nom de la Cour, le juge Dickson s'est manifestement inspiré de la formulation de l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁶⁴ pour définir de la façon suivante les composantes de la liberté de conscience et de religion (l'importance de ce passage justifie une longue citation) :

Le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, 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 propagation. Toutefois, ce concept signifie beaucoup plus que cela.

La liberté peut se caractériser 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 est de protéger, dans des limites raisonnables, 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'autrui. La liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. 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.

Une majorité religieuse, ou l'État à sa demande, ne peut, pour des motifs religieux, imposer sa propre conception de ce qui est bon et vrai aux citoyens qui ne partagent pas le même point de vue. La Charte protège les minorités religieuses contre la menace de «tyrannie de la majorité».

Dans la mesure où elle astreint l'ensemble de la population à un idéal sectaire chrétien, la Loi sur le dimanche exerce une forme de coercition contraire à l'esprit de la Charte et à la dignité de tous les non-chrétiens. En retenant les prescriptions de la foi chrétienne, la Loi crée un climat hostile aux Canadiens non chrétiens et paraît en outre discriminatoire à leur égard. Elle fait appel à des valeurs religieuses enracinées dans la moralité chrétienne et les transforme, grâce au pouvoir de l'État, en droit positif applicable aux croyants comme aux incroyants. Le contenu théologique de la Loi est un rappel subtil et constant aux minorités religieuses canadiennes des différences qui les séparent de la culture religieuse

⁶⁴ (1976) 999 R.T.N.U. 187; entré en vigueur pour le Canada le 19 août 1976; reproduit dans William A. SCHABAS et Daniel TURP, Droit international, canadien et québécois des droits et libertés : notes et documents, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, pp. 13 et suiv.

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 société.⁶⁵

Cette définition donne à la liberté de religion deux composantes. En premier lieu, on constate une liberté positive et négative d'exercice de la religion (ou «libre exercice») : le contenu positif correspond à la liberté d'avoir des croyances religieuses, de les professer ouvertement et de les manifester par leur mise en pratique, par le culte et par leur enseignement et leur propagation; le contenu négatif correspond au droit de ne pas être forcé, directement ou indirectement, d'embrasser une conception religieuse ou d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience⁶⁶.

En second lieu, la liberté de religion impose une obligation de neutralité à l'État en matière religieuse, c'est-à-dire l'empêche de privilégier ou de défavoriser une religion par rapport aux autres; c'est manifestement ce que veut dire le juge Dickson lorsqu'il affirme que «[...] 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 société». On a déjà souligné qu'au moment de l'arrêt Big M Drug Mart⁶⁷, l'article 15 de la Charte canadienne garantissant le droit à l'égalité sans discrimination fondée sur la religion n'était pas encore en vigueur, si bien que l'inégalité naissant de l'absence de neutralité de l'État dans cette affaire devait être considérée comme étant incompatible avec la liberté de religion elle-même plutôt qu'avec le droit à l'égalité⁶⁸.

Les deux composantes de la liberté de religion mentionnées par le juge Dickson en sont pour ainsi dire les éléments constitutifs naturels, en ce qu'ils découlent logiquement et inévitablement de l'objet de cette liberté. Pour le libre exercice, cela est si évident qu'aucune démonstration n'est nécessaire. Pour ce qui est de l'exigence de neutralité de l'État, sa

⁶⁵ Big M Drug Mart, précité, note 7, 336 et 337 (juge Dickson).

⁶⁶ Quelques pages plus loin, le juge Dickson ajoutera : «La même protection s'applique, pour les mêmes motifs, aux expressions et manifestations d'incroyance et au refus d'observer les pratiques religieuses» : Id., 347.

⁶⁷ Précité, note 7.

⁶⁸ Cependant, voir note 9.

nécessité provient de ce qu'une intervention étatique volontaire en faveur d'une religion crée une pression incompatible sur la liberté de religion de ceux dont la religion n'est pas favorisée. On comprend donc que l'obligation de neutralité découle d'une certaine manière du droit au libre exercice, puisque le fait pour l'État d'endosser une religion particulière a pour effet de limiter le contenu négatif de la liberté d'exercice de ceux qui n'en sont pas les fidèles. Le caractère inhérent de ces deux composantes est également attesté par le fait qu'on les retrouve dans les systèmes juridiques et constitutionnels d'autres démocraties libérales, avec, pour ce qui est du principe de neutralité, une formulation variable et un contenu qui présente certains éléments constants, mais qui varie quant au reste d'un pays à l'autre en fonction de l'expérience historique de chacun et de la situation concrète des diverses religions qu'on y trouve. Ainsi, aux États-Unis, le premier Amendement de la Constitution énonce la liberté de religion sous la double forme d'une clause de libre exercice (free exercise clause) et d'une clause de non-établissement (establishment clause), cette dernière jouant, avec certaines différences, le rôle que joue au Canada le principe de neutralité énoncé par le juge Dickson⁶⁹. De même, en France, la liberté de religion contient le principe de laïcité, qui constitue la forme française du principe de neutralité, et celui de la liberté des cultes, qui correspond au libre exercice de la religion.

Dans l'affaire Big M Drug Mart⁷⁰, le procureur général du Canada, dans le but de défendre la validité de la Loi sur le dimanche⁷¹, soulignait le fait qu'à la différence du premier Amendement américain, l'article 2a) de la Charte canadienne ne contient pas de «clause de non-établissement» expresse et prétendait qu'il fallait en conclure que la protection de la liberté de religion, au Canada, ne vise que le libre exercice. Le juge Dickson lui répondit de la façon suivante :

Selon moi, la liberté de conscience et de religion garantie par la Charte ne dépend nullement de la présence ou de l'absence dans la Constitution canadienne d'un «principe de non établissement d'une religion» qui ne peut qu'obscurcir davantage un domaine déjà compliqué du droit. Quant à l'acceptabilité d'une loi ou d'une mesure gouvernementale qui pourrait être qualifiée de contribution de l'État en faveur de la religion ou des

⁶⁹ «Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof [...]».

⁷⁰ Précité, note 7.

⁷¹ Précitée, note 63.

activités religieuses, cette question devra être tranchée en fonction de chaque cas particulier.⁷²

Comme on le constate, le juge Dickson évite de répondre directement à l'argument. Il se contente d'affirmer que le principe de neutralité, dans la mesure où il est reconnu, ne saurait être considéré comme absolu, pas plus d'ailleurs que n'importe quel autre principe en matière de droits de la personne. Et de fait, ce relativisme est encore plus accentué dans le cadre de la Constitution canadienne, en raison notamment de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867⁷³ qui consacre certains droits confessionaux aux catholiques et aux protestants en matière d'éducation. Le principe de neutralité est donc forcément moins rigoureux au Canada qu'aux États-Unis, mais la Cour suprême l'a néanmoins consacré dans l'arrêt Big M Drug Mart⁷⁴ en jugeant inconstitutionnelle la Loi sur le dimanche⁷⁵ parce qu'elle avait une visée religieuse et non laïque⁷⁶. Il est vrai que la portée de cette décision est limitée puisqu'elle signifie essentiellement que l'État ne peut contraindre à la pratique d'un culte par des mesures pénales⁷⁷. Cependant, deux décisions postérieures de la Cour d'appel de l'Ontario montrent

⁷² Big M Drug Mart, précité, note 7, 341 (juge Dickson).

⁷³ Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3; L.R.C. (1985), App. II, n° 5.

⁷⁴ Id.

⁷⁵ Précitée, note 63.

⁷⁶ Dans le même sens, voir : Henri BRUN et Guy TREMBLAY, Droit constitutionnel, 3e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, aux pp. 1009-1011. Ces auteurs parlent, à propos de l'obligation de neutralité de l'État en matière religieuse, de principe de «la séparation de l'Église et de l'État». Un autre auteur, le professeur Black, souligne que, même s'il fallait conclure qu'aucune obligation de neutralité en matière religieuse ne découle de l'article 2a) de la Charte, une telle obligation s'imposerait par ailleurs en vertu de l'article 15, qui prohibe les distinctions discriminatoires fondées sur la religion; voir : William W. BLACK, «Religion and the Right of Equality», dans A.F. BAYEFSKY & M. EBERTS (dir.), Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms, Toronto, Carswell, 1985, p. 131, à la p.170. Dans le même ordre d'idées, l'obligation de neutralité de l'État en matière religieuse découle également, outre les articles 2a) et 15 de la Charte, de l'article 27 sur le multiculturalisme; en effet, dans la mesure où la religion fait partie de la culture, le respect du multiculturalisme est incompatible avec le fait de favoriser certaines religions par rapport à d'autres. C'est ce qu'a reconnu le juge Dickson dans l'affaire Big M Drug Mart, précitée, note 7, aux pp. 337 et 338 : «Je suis d'accord avec l'argument de l'intimée qui porte que reconnaître au Parlement le droit d'imposer l'observance universelle du jour de repos préféré par une religion ne concorde guère avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens. Cela est donc contraire aux dispositions expresses de l'art. 27 [...]».

⁷⁷ Id., 347 (juge Dickson).

que l'obligation de neutralité a également des conséquences plus larges.

Dans Zylberberg⁷⁸ cette cour a jugé inconstitutionnel, car incompatible avec l'article 2a) de la Charte canadienne, un règlement scolaire prévoyant la récitation de prières chrétiennes à l'école publique non confessionnelle, et ceci malgré la possibilité pour les parents qui le désiraient d'obtenir une exemption pour leurs enfants. La Cour a considéré que le règlement exerçait une forme de pression indirecte sur les parents et les élèves en les poussant à se conformer au comportement religieux majoritaire ce qui, en pratique, les ferait hésiter à réclamer le bénéfice de l'exemption.

Dans l'affaire Canadian Civil Liberties Association⁷⁹, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé contraire à l'article 2a) de la Charte canadienne un règlement adopté en vertu de la loi scolaire de l'Ontario voulant que les élèves reçoivent un enseignement religieux dans les écoles publiques, à moins que les parents ne demandent une exemption. La Cour a considéré que les dispositions concernant l'exemption n'étaient pas de nature à sauver le règlement, étant donné que la pression du conformisme pourrait dissuader certains parents de s'en prévaloir par peur d'un stigmat social. La Cour a souligné la différence qu'il y avait entre, d'une part, une éducation religieuse, qui vise un endoctrinement dans une religion donnée et qui viole la liberté de religion et, d'autre part, l'enseignement pluraliste des religions qui est constitutionnellement possible à l'école publique⁸⁰.

Il faut souligner que ces deux décisions ne visent évidemment ni les écoles privées, ni les écoles publiques confessionnelles dont l'existence est protégée, dans les provinces où cette

⁷⁸ Zylberberg c. Sudbury Board of Education, (1988) 65 O.R. (2d) 641 (Ont. C.A.), suivi dans Russow c. P.G. C.-B., (1989) 35 B.C.L.R. (2d) 29 (C.S. C.-B.) et dans Manitoba Association for Rights and Liberties c. Manitoba, (1992) 94 D.L.R. (4th) 678 (B.R. Man.).

⁷⁹ Canadian Civil Liberties Association c. Ontario (Minister of Education), (1990) 71 O.R. (2d) 341; 65 D.L.R. (4th) 1 (C.A. Ont.).

⁸⁰ Pour d'autres décisions faisant appel au principe de neutralité de l'État en matière religieuse (parfois sous le nom de principe de «laïcité»), voir notamment : Reed c. Canada, [1989] 3 C.F. 259 (Cour fédérale); confirmé en appel le 7 mai 1990; autorisation de pourvoi devant la CSC refusée [1990] 2 R.C.S. x; O'Sullivan c. M.R.N., [1992] 1 C.F. 522 (Cour fédérale); Roach c. Canada (Ministre d'Etat Multiculturalisme et Citoyenneté), (1992) 2 C.F. 173 (Cour fédérale); Quaknine c. Elbilila, (1981) C.S. 32.

disposition s'applique encore, par l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867⁸¹ (ou une de ses dispositions jumelles).

Le jugement de la Cour dans ces deux affaires montre que pour imposer à l'État une obligation de neutralité en matière religieuse, les tribunaux peuvent soit se fonder sur un principe de neutralité reconnu en tant que tel, soit invoquer le droit au libre exercice de la religion sous sa forme négative⁸². Dans le premier cas, toute forme d'appui significatif de l'État à une religion pourrait être considérée comme interdite; par conséquent, l'obligation de neutralité fondée sur une norme constitutionnelle spécifique tendra à être rigoureuse, comme le démontre l'exemple américain. Au contraire, dans le deuxième cas, si l'on fait découler l'obligation de neutralité du droit au libre exercice de la religion, il sera nécessaire de démontrer, pour contester un appui quelconque apporté par l'État à une religion, qu'il a pour effet de créer une pression sociale ou psychologique qui limite de façon significative la liberté d'exercice négative de ceux qui n'adhèrent pas à cette religion. Or, toutes les formes d'appui étatique à une religion n'ont pas cet effet. Par conséquent, l'obligation de neutralité qui trouve sa source dans le libre exercice sera moins rigoureuse que celle fondée sur un principe autonome de neutralité⁸³.

La différence entre le caractère strict du principe de «non-établissement» qui existe aux États-Unis et le caractère plus relatif de l'obligation de neutralité religieuse qui découle de la liberté de conscience et de religion au Canada est illustrée de la façon suivante par le professeur Hogg. Aux États-Unis, la clause de non-établissement est considérée comme interdisant toute

⁸¹ Précitée, note 73.

⁸² Même aux États-Unis, où le premier Amendement contient une clause expresse de non-établissement, que les tribunaux invoquent pour fonder l'obligation de neutralité de l'État en matière religieuse, certains auteurs considèrent qu'ils pourraient également faire découler cette même obligation de la clause de libre exercice; voir Peter W. HOGG, Constitutional Law of Canada, 5th Student Edition, Scarborough, Carswell, 1997, p. 810. De façon plus générale, la doctrine et la jurisprudence américaine admettent qu'il existe certains chevauchements entre la clause de libre exercice et la clause de non-établissement, certaines conséquences juridiques pouvant être considérées comme découlant à la fois de l'une et de l'autre.

⁸³ En effet, différentes formes de neutralité de l'État en matière de religion sont imaginables, depuis une neutralité stricte consistant à s'abstenir de toute forme d'assistance à l'égard de toutes les religions, jusqu'à une neutralité «bienveillante» qui amène l'État à favoriser l'exercice des diverses religions; la neutralité, dans son sens le plus fondamental, subsiste tant que l'État se comporte de la même façon à l'égard de toutes les religions et qu'il n'en privilégie ou n'en défavorise aucune par rapport aux autres.

aide financière directe de l'État aux écoles confessionnelles. Au Canada, les écoles confessionnelles protégées par l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867⁸⁴ ont, au contraire, un droit constitutionnel au financement public. Quant aux écoles confessionnelles non visées par cette disposition, le principe de neutralité religieuse découlant de la liberté de conscience et de religion n'interdirait pas à l'État de les aider financièrement, à condition qu'il le fasse sans privilégier ni défavoriser aucune religion par rapport aux autres⁸⁵. En conclusion, selon ce point de vue, le principe strict de non-établissement, tel qu'il s'applique aux États-Unis, prohiberait toute aide étatique à la religion, même dispensée de façon égalitaire, alors que le principe de neutralité découlant du libre exercice ne prohiberait que les formes d'aide à une ou plusieurs religions qui seraient discriminatoires ou entraîneraient une contrainte directe ou indirecte sur ceux qui n'y adhèrent pas.

2. - L'obligation d'accommodement comme élément constitutif du droit au libre exercice

Dans les arrêts Big M Drug Mart⁸⁶ et Edwards Books⁸⁷, la Cour suprême a reconnu que lorsqu'une loi qui poursuit un objectif séculier valide entraîne néanmoins des effets restrictifs sur la liberté de religion de certaines personnes, celles-ci ont le droit d'obtenir des

⁸⁴ Précitée, note 73.

⁸⁵ P.W. HOGG, précité, note 82, pp. 810-811; voir aussi Robert A. SEDLER, «The Constitutional Protection of Freedom of Religion, Expression and Association in Canada and the United States : A Comparative Analysis», (1988) 20 Case Western J. of Int. L., 577, 584 : «In any event, because of the absence of a non-establishment component in section 2a), the government is not required to be neutral toward religion. Governmental practices that favor religion over non-religion or that favor one religion over another religion, are not as such violative of section 2a). It is only where the governmental action has the action of imposing "coercive burdens on the exercise of religious beliefs" that it may be found violative of section 2a)» (mais, faut-il ajouter, la préférence accordée à certaines religions, même si elle n'entraîne aucune contrainte, serait contraire à l'interdiction de la discrimination fondée sur la religion, du moins quand il y a un désavantage pour les adhérents des religions autres que celles favorisées). Dans Big M Drug Mart, précité, note 7, aux pp. 340 et 341, le juge Dickson laisse expressément ouverte la question de savoir si la Charte canadienne permet à l'État de soutenir financièrement des institutions religieuses autres que celles visées par l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867, précitée, note 73; la question n'a pas davantage été tranchée dans Adler c. Ontario, précité, note 12, où la Cour suprême a par contre décidé que la Charte canadienne n'obligeait pas l'État à fournir un tel soutien financier.

⁸⁶ Précité, note 7.

⁸⁷ Précité, note 8.

accommodements à condition que ces accommodements soient compatibles avec l'intérêt public. L'accommodement sera refusé si le gouvernement réussit à démontrer qu'il est nécessaire que la règle de droit en cause s'applique sans exception ou, comme dans l'affaire Edwards Books⁸⁸, sans exception supplémentaire à celles déjà prévues par le législateur.

Dans cette affaire, on contestait la validité de la Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail⁸⁹ de l'Ontario, qui prohibait l'ouverture des commerces le dimanche. Les exemptions prévues dans la loi visaient uniquement les commerces de petite taille fermant le samedi. Saisie de la même question avant la Cour suprême, la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt R. c. Videoflicks Ltd.⁹⁰, était arrivée à la conclusion que la loi restreignait la liberté de religion des propriétaires de commerce de foi juive qui ne pouvaient se prévaloir des exceptions prévues dans la loi et qui, pour se conformer sincèrement aux préceptes de leur religion, n'ouvraient pas leur commerce le samedi. La Cour avait donc jugé que la loi était inopérante en ce qui les concernait, ce qui revenait à accorder à ces personnes une exemption constitutionnelle à la loi, dans la mesure où celle-ci violait leur liberté de religion.

Cette décision de la Cour d'appel de l'Ontario a été renversée par la Cour suprême dans l'arrêt Edwards Books⁹¹. À la majorité, la juge Wilson dissidente sur ce point, la Cour a jugé la loi valide sans ajouter d'exemptions à celles prévues par le législateur. La Cour commença par reconnaître que l'objectif séculier de la loi — procurer un jour de repos hebdomadaire commun à tous les travailleurs — était valide. Cependant, par ses effets, la loi restreignait la liberté de religion de ceux qui observaient le sabbat en leur imposant un fardeau financier supplémentaire puisqu'ils devaient fermer leur commerce un jour de plus que ceux qui observaient le dimanche comme jour religieux. Ensuite, tout en reconnaissant que le législateur ontarien était tenu d'accommoder, dans la mesure du possible, ceux dont la religion les obligeait à fermer un autre jour que le dimanche, le juge en chef Dickson et les juges Chouinard et Le Dain estimèrent que les exemptions déjà prévues dans la loi constituaient un accommodement suffisant et que l'addition d'exemptions supplémentaires mettrait en danger l'efficacité des mesures législatives en cause (le juge La Forest considérant quant à lui que la loi serait valide même si elle ne contenait aucune exemption). Au contraire, la Cour d'appel et la juge Wilson

⁸⁸ Id.

⁸⁹ L.R.O. 1980, chap. 453.

⁹⁰ R. c. Videoflicks Ltd., (1985) 14 D.L.R. (4th) 10 (C.A. Ont.).

⁹¹ Précité, note 8.

ont jugé que le législateur n'était pas allé assez loin dans la voie de l'accommodement et qu'il aurait dû accorder l'exemption à tous les commerçants qui ferment le samedi pour des raisons religieuses, quelle que soit la taille de leur commerce. Notons que, par la suite, le législateur ontarien a, de sa propre initiative, modifié la loi pour étendre l'exemption sabbatique à tous les commerces, quelle que soit leur taille, fermant un autre jour que le dimanche pour des raisons religieuses⁹².

Dans l'affaire Adler⁹³, la juge L'Heureux-Dubé a conclu, en s'appuyant notamment sur les motifs du juge Dickson dans l'arrêt Edwards Books⁹⁴, qu'un droit à l'accommodement en matière religieuse découlait autant de l'article 2a) de la Charte canadienne que de l'article 15; elle a ajouté que la nature de l'accommodement était cependant différente dans les deux cas⁹⁵.

En outre, la plupart des auteurs s'accordent à analyser l'arrêt Edwards Books⁹⁶ comme établissant que l'article 2a) de la Charte canadienne entraîne une obligation d'accommodement raisonnable à la charge de l'État en faveur des personnes dont la liberté de religion est restreinte par les effets d'une loi dont l'objectif est séculier et valide. Ains, le professeur Hogg s'exprime comme suit :

The [...] Sunday-closing cases [...] establish that there is a constitutional obligation under s. 2a) to accommodate those persons whose religion calls for observance of a sabbath other than Sunday. [...] However, there are many other practices that have a religious compulsion for a minority religion, such as (to take examples from pre-Charter cases), refusing to salute the flag or sing the national anthem, distributing proselytizing tracts, chanting a mantra, or holding land communally. Such practices could, and therefore should, be tolerated by the majority. Where there is no compelling governmental interest to the contrary, s. 2a) of the Charter would require the law to accommodate minority religions by according exemptions for their practices.⁹⁷

⁹² La loi ainsi modifiée fut à nouveau contestée, mais déclarée valide par la Cour d'appel de l'Ontario dans Peel (Regional Municipality) v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada Ltd., (1991) 2 O.R. (3d) 65 (C.A. Ont.).

⁹³ Précité, note 12.

⁹⁴ Précité, note 8.

⁹⁵ Précité, note 12, 658-659 (j. L'Heureux-Dubé).

⁹⁶ Précité, note 8.

Les professeurs Brun et Tremblay appellent «objection de conscience» le droit de réclamer un accommodement ou une adaptation pour des raisons religieuses; il analysent cette notion de la façon suivante :

L'objection de conscience fait penser a priori à la possibilité de se soustraire au service militaire. Elle est toutefois bien plus que cela. Elle est en fait l'angle sous lequel la liberté de religion a aujourd'hui le plus de portée.

L'objection de conscience est la possibilité de se soustraire à la loi ou à une règle de régie interne pour des raisons de religion [...]. Le droit constitutionnel canadien reconnaît qu'une règle neutre puisse effectivement ne pas s'appliquer à une ou quelques personnes parce qu'elle engendre des effets négatifs sur la religion ou conscience de ces personnes [à l'appui, les auteurs mentionnent notamment les affaires Big M Drug Mart et Edwards Books]. Cette institution, que les décisions de la Cour suprême appellent «exemption constitutionnelle», porte aussi le nom d'objection de conscience.⁹⁸

À notre connaissance, il n'existe pas de décisions suggérant qu'un droit à l'accommodement en matière religieuse découle de l'article 3 de la Charte québécoise, mais il n'y a aucune raison de penser que tel n'est pas le cas, étant donné que les dispositions reconnaissant la liberté de religion y sont énoncées en termes semblables à ceux de l'article 2a) de la Charte canadienne et que les principes d'interprétation applicables aux deux dispositions sont les mêmes. Par ailleurs, il existe de nombreuses décisions à l'effet qu'une obligation d'accommodement découle de l'article 10 de la Charte québécoise, garantissant le droit à l'égalité, notamment dans le cas d'une discrimination indirecte fondée sur la religion.

3. - L'application de la clause limitative de la Charte canadienne en matière de liberté de conscience et de religion

Comme il a été rappelé précédemment, pour justifier une restriction aux droits et libertés en

⁹⁷ P.W. HOGG, op. cit., note 82, p. 806 (les notes infrapaginales sont omises).

⁹⁸ Henri BRUN et Guy TREMBLAY, op. cit., note 60, p. 1011; pour une présentation plus développée de la même notion, voir également : Henri BRUN, «Un aspect crucial mais délicat des libertés de conscience et de religion des articles 2 et 3 des Chartes canadienne et québécoise : l'objection de conscience», (1987) 28 Cahiers de Droit 185. Voir également : Pierre PATENAUDE, «L'objection éthique et de conscience : impact de la Charte canadienne des droits et libertés», (1983) 13 Revue de droit de l'Université de Sherbrooke 315.

invoquant l'article premier de la Charte canadienne il faut démontrer qu'elle est nécessaire pour atteindre un objectif légitime et important. Une fois qu'il est reconnu que l'objectif est suffisamment important, on doit encore prouver que les moyens choisis pour le réaliser sont raisonnables. Dans l'examen de ce critère de proportionnalité, les effets de la loi devront être considérés. Par contre, si l'objectif de la loi est inconstitutionnel, le critère des effets ne pourra pas être invoqué pour la sauver. Il sera donc inutile d'examiner les moyens utilisés par le législateur.

Dans l'arrêt Big M Drug Mart⁹⁹, la Cour suprême a jugé qu'une loi dont l'objet est de promouvoir ou d'interdire une croyance ou une pratique religieuse restreint la liberté de religion (ou le droit à l'égalité sans distinction de religion) d'une façon qui ne saurait jamais être justifiée, car elle rentre directement en conflit avec l'objet même de la liberté de religion. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner, dans un tel cas, la nature ou la dimension des effets de la loi sur la liberté de religion. Par contre, lorsqu'une loi poursuit des objectifs séculiers, comme de promouvoir les valeurs éducatives et morales, mais que par ses effets elle restreint la liberté de religion de certaines personnes, la mesure en cause est alors susceptible de justification sous l'article premier¹⁰⁰.

Si donc l'objet d'une loi restreignant un droit ou une liberté est suffisamment important pour justifier une restriction des droits et libertés, il faudra, dans un deuxième temps, en appliquant le test de l'arrêt Oakes¹⁰¹, démontrer successivement que la mesure contestée constitue un moyen rationnel d'atteindre l'objectif législatif; qu'il n'existe pas de moyens d'y parvenir qui soient moins attentatoires aux droits en cause (critère de l'atteinte minimale); enfin, qu'il y a proportionnalité entre les effets bénéfiques de la mesure et ses effets restrictifs.

⁹⁹ Précité, note 7.

¹⁰⁰ Id., 333-334 (juge Dickson) : «Si l'objet reconnu de la Loi sur le dimanche, savoir rendre obligatoire l'observance du sabbat, porte atteinte à la liberté de religion, il n'est pas nécessaire alors d'examiner les répercussions réelles de la fermeture le dimanche sur la liberté de religion. Même si ces effets étaient jugés inoffensifs [...], cela ne pourrait permettre de sauver une loi dont on a conclu que l'objet viole les garanties de la Charte. [...] ...si, de par ses répercussions, une loi qui a un objet valable porte atteinte à des droits et libertés, il serait encore possible à un plaideur de tirer argument de ses effets pour la faire déclarer inapplicable, voire même invalide»; voir également Edwards Books, précité, note 8, 752 (juge en chef Dickson).

¹⁰¹ R. c. Oakes, précité, note 44.

II. - La portée de la liberté de conscience et de religion et de l'interdiction de la discrimination religieuse dans le domaine scolaire

On examinera successivement les questions reliées aux écoles religieuses privées puis celles relatives à la place de la religion à l'école publique.

A. - Les écoles religieuses privées

1. - Le droit d'envoyer ses enfants dans une école religieuse privée

On peut considérer que, dans l'affaire R. c. Jones¹⁰² et dans l'affaire Adler¹⁰³, la Cour suprême a indirectement fait découler de l'article 2a) de la Charte canadienne le droit des parents de ne pas envoyer leurs enfants à l'école publique et de leur donner un enseignement religieux dans une école privée ou à la maison, à condition qu'il soit «approprié».

En particulier, dans Adler¹⁰⁴, les quatre juges qui se sont prononcés sur l'article 2a) ont souligné que le non-financement de l'enseignement religieux privé ne constituait pas une atteinte à la liberté d'éduquer ses enfants en conformité avec ses croyances religieuses dans la mesure où il n'existait pas, dans la loi ontarienne, de restriction à l'enseignement religieux (dans une école privée ou à la maison). A contrario, une loi qui obligerait les parents à envoyer leurs enfants à l'école publique laïque restreindrait cette liberté.

Quant à la Charte québécoise, elle contient un article 42 qui se lit ainsi : «Les parents ou les personnes qui en tiennent lieu ont le droit de choisir pour leurs enfants des établissements d'enseignement privés, pourvu que ces établissements se conforment aux normes prescrites ou approuvées en vertu de la loi».

Enfin, on verra plus loin qu'il existe diverses normes de droit international qui prévoient le droit des parents d'envoyer leurs enfants dans une école privée, notamment pour des raisons religieuses.

¹⁰² R. c. Jones, [1986] 2 R.C.S. 284.

¹⁰³ Précité, note 12.

¹⁰⁴ Id.

2. - L'absence de droit des écoles religieuses privées au financement public

Dans l'arrêt Adler¹⁰⁵, la Cour suprême a jugé à la majorité (seule la juge L'Heureux-Dubé étant dissidente) qu'il n'existait pas, en vertu de la Charte canadienne, de droit au subventionnement public au profit des écoles religieuses privées.

Dans cette affaire, les requérants demandaient, en invoquant la liberté de religion et le droit à l'égalité sans discrimination fondée sur la religion, un jugement déclarant que le refus de financer les écoles juives, et certaines écoles chrétiennes indépendantes, en Ontario, était inconstitutionnel. Cette province finance, d'une part, les écoles catholiques (qui sont publiques), ce qui constitue pour elle une obligation constitutionnelle découlant de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867¹⁰⁶ et, d'autre part, les écoles publiques laïques. Par contre, elle refuse de financer les écoles religieuses autres que catholiques (qui sont privées).

En se fondant sur le Renvoi sur le Bill 30¹⁰⁷, une décision de la Cour suprême de 1987, les neuf membres de la Cour ont été unanimes à considérer que la distinction de traitement entre les écoles catholiques, d'une part, et les autres écoles religieuses, d'autre part, ne saurait être attaquée en vertu de la Charte puisqu'une telle distinction est clairement autorisée par l'article 93. Cet aspect de la décision ne mérite pas de commentaires particuliers. Depuis la modification de l'article 93 pour le Québec, un raisonnement similaire ne serait évidemment plus applicable à la situation québécoise.

¹⁰⁵ Id.

¹⁰⁶ Précitée, note 73.

¹⁰⁷ Renvoi relatif au projet de Loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.), [1987] 1 R.C.S. 1148. Dans cette décision, la Cour suprême a jugé qu'on ne pouvait s'appuyer sur les droits garantis par la Charte canadienne, notamment la liberté de religion et l'interdiction de la discrimination religieuse, pour contester une loi ontarienne prévoyant le financement des écoles catholiques en Ontario (alors que les autres écoles religieuses ne sont pas financées). En effet, adopter la solution inverse reviendrait à neutraliser l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867, précitée, note 73, qui autorise expressément le législateur à faire des distinctions fondées sur la religion. Par ailleurs, la Cour suprême a clairement reconnu que, si la Charte canadienne s'appliquait aux aménagements confessionnels fondés sur l'article 93, autrement dit si ces aménagements n'étaient pas «immunisés» contre la Charte parce qu'ils figurent eux-mêmes dans la Constitution, ils devraient être considérés comme discriminatoires et comme violant la liberté de conscience et de religion.

Par ailleurs, cinq des neuf membres de la Cour sont allés plus loin en jugeant que la distinction de traitement entre, d'une part, les écoles publiques laïques, et, d'autre part, les écoles religieuses autres que catholiques, était elle aussi «immunisée» contre toute attaque fondée sur la Charte par l'effet de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867¹⁰⁸, parce que «les écoles publiques sont implicitement mais néanmoins clairement visées par le régime établi à l'art. 93» et sont donc protégées contre toute contestation fondée sur la Constitution ou la Charte¹⁰⁹. Ce point de vue paraît fort critiquable et, de toute façon, ne pourrait pas être invoqué dans le cas du Québec depuis la modification de l'article 93 mentionnée plus haut.

Dans l'affaire Adler, les quatre autres membres de la Cour suprême ont rejeté l'idée que l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867¹¹⁰ empêchait d'invoquer les droits garantis par la Charte pour contester le refus de l'Ontario de subventionner les écoles religieuses autres que catholiques. Ils sont cependant tous arrivés à la conclusion qu'il n'y avait aucune violation de la liberté de religion, même si le non-financement des écoles confessionnelles autres que catholiques crée un désavantage économique pour ceux que leurs convictions amènent à y envoyer leurs enfants, par rapport aux parents qui envoient leurs enfants à l'école publique laïque, financée par le gouvernement provincial.

Cette conclusion semble cependant difficile à réconcilier avec deux décisions antérieures de la Cour, les arrêts Big M Drug Mart¹¹¹ et Edwards Books¹¹², où celle-ci avait jugé que deux lois sur les jours fériés, l'une fédérale et l'autre ontarienne, qui ordonnaient la fermeture des commerces le dimanche, restreignaient la liberté de religion de ceux qui fermaient leur commerce le samedi pour des raisons religieuses, parce qu'elles leur imposaient un désavantage économique par rapport à leurs concurrents qui, pour des raisons religieuses, fermaient le dimanche (et pour qui, par conséquent, l'obligation civile et l'obligation religieuse de repos hebdomadaire coïncidaient)¹¹³. Pour distinguer les deux affaires précédentes, les quatre juges

¹⁰⁸ Précitée, note 73.

¹⁰⁹ Cette opinion est partagée par le Juge en chef Lamer et les juges La Forest, Gonthier, Cory et Iacobucci (lequel est l'auteur de leurs motifs communs).

¹¹⁰ Précitée, note 73.

¹¹¹ Précité, note 7.

¹¹² Précité, note 8.

¹¹³ Dans l'arrêt Big M Drug Mart, précitée, note 7, la Cour a conclu que l'objet de la loi fédérale contestée était

ont souligné le fait que la loi ontarienne n'obligeait pas les parents à faire éduquer leurs enfants à l'école publique, mais les autorisait à les envoyer à l'école privée ou à les éduquer à la maison. Cette distinction semble cependant artificielle car, en pratique, le seul choix de l'immense majorité des parents est d'envoyer leurs enfants soit dans une école privée, soit à l'école publique. Si, pour des raisons religieuses, ils ont le sentiment de devoir les envoyer à l'école privée non subventionnée, ils devront assumer une dépense supplémentaire. Dès lors, logiquement, la Cour aurait pu appliquer le principe posé dans les affaires Big M Drug Mart¹¹⁴ et Edwards Books¹¹⁵, ou alors reconnaître qu'elle s'était trompée dans celles-ci en jugeant qu'une loi qui prescrit la même obligation pour tous, indépendamment de la religion, viole la liberté de religion si le respect de cette obligation entraîne une dépense ou un manque à gagner pour un groupe religieux du fait que l'obligation civile se combine avec une obligation religieuse qui s'impose à lui.

Deux des quatre juges qui ont accepté d'examiner les arguments fondés sur la Charte canadienne sont ensuite parvenus à la conclusion qu'il n'existait aucune discrimination religieuse dans le fait de réserver le financement gouvernemental aux seules écoles publiques. Pour eux, dans la mesure où ce financement était refusé à toutes les écoles privées, religieuses ou laïques, la distinction de traitement existait entre les écoles publiques et les écoles privées, et non pas entre les écoles laïques et les écoles religieuses¹¹⁶.

d'astreindre l'ensemble de la population à un idéal sectaire chrétien, ce qui était incompatible avec la liberté de religion garantie par la Charte canadienne; la loi a donc été invalidée. Dans l'arrêt Edwards Books, précitée, note 8, la Cour a au contraire jugé que l'objet de la loi ontarienne était d'imposer un jour commun de repos hebdomadaire et que cet objet était légitime et suffisamment important; elle a ensuite conclu que les moyens utilisés pour atteindre l'objectif étaient proportionnés. Par conséquent, elle a validé la loi comme restreignant de façon raisonnable et justifiable la liberté de religion, en se fondant sur l'article 1 de la Charte canadienne.

¹¹⁴ Précité, note 7.

¹¹⁵ Précité, note 8.

¹¹⁶ Cette opinion est celle des juges Sopinka et Major. Le fait que la discrimination repose sur le caractère privé ou public des écoles, plutôt que sur leur caractère laïque ou religieux, est déterminant dans la mesure où la Cour suprême interprète l'article 15(1) de la Charte canadienne comme ne pouvant être invoqué que contre les distinctions fondées soit sur un motif expressément mentionné à l'article (comme la religion), soit sur un motif «analogue». Or le caractère public ou privé des écoles n'est ni un motif expressément mentionné ni un motif analogue.

Les deux derniers juges ont par contre conclu à l'existence d'une discrimination indirecte fondée sur la religion, dans la mesure où la loi ontarienne a pour effet de refuser un avantage aux personnes dont la religion ne leur permet pas d'envoyer leurs enfants à l'école publique laïque. Madame le juge McLachlin est cependant arrivée à la conclusion que cette discrimination était raisonnable, et donc justifiée, en application de la disposition limitative contenue dans l'article 1 de la Charte canadienne.

Par contre, Madame le juge L'Heureux-Dubé a considéré que, même si la loi ontarienne avait comme objectif légitime de favoriser le plus possible la fréquentation de l'école publique laïque, le refus de tout financement des écoles religieuses allait au-delà de ce qui était requis pour atteindre cet objectif et ne constituait donc pas une atteinte minimale. La dispense que la loi ontarienne prévoyait en autorisant les parents à envoyer leurs enfants à l'école privée ou à les éduquer à la maison répondait uniquement à l'aspect potentiellement coercitif de l'enseignement laïque obligatoire et permettait donc à la loi attaquée de satisfaire aux exigences de l'article 2a). Par contre, cette dispense ne constituait pas un accommodement suffisant en vertu de l'article 15, qui garantit le droit à l'égalité. Dans un cas d'inégalité de bénéfice, l'accommodement découlant de l'article 15 emporte l'établissement de mesures permettant aux parents appartenant à une religion particulière de bénéficier d'un accès à l'éducation sans discrimination indirecte fondée sur leur religion. Pour le juge L'Heureux-Dubé, c'est le fait d'accorder un financement partiel aux écoles religieuses privées qui constituerait l'accommodement requis en vertu de l'article 15; une telle solution permettrait d'accorder une certaine reconnaissance aux minorités religieuses et de les aider à survivre, sans compromettre le caractère généralement laïque et universel du système d'écoles publiques¹¹⁷.

Les motifs du juge L'Heureux-Dubé ne manquent pas de mérite. Comme cinq des neuf membres de la Cour ne se sont pas prononcés sur le fond du problème, on ne peut donc pas considérer que la question a véritablement été vidée. À l'avenir, dans un contexte où le raisonnement fondé sur l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 ne pourrait plus jouer, il n'est pas entièrement exclu qu'il se trouve une majorité pour adopter le raisonnement du juge L'Heureux-Dubé et pour reconnaître, sur le fondement de l'article 15 de la Charte canadienne, au bénéfice des écoles religieuses privées, un droit au financement public partiel. Il faut souligner également qu'en doctrine de nombreux auteurs ont exprimé leur conviction qu'un refus de subventionner les écoles religieuses privées ne rendait pas justice aux parents qui, pour

¹¹⁷ Adler, précité, note 12, 658-659 (j.L'Heureux-Dubé).

des raisons religieuses, estiment ne pas pouvoir envoyer leurs enfants à l'école publique¹¹⁸. Enfin, nous verrons plus loin qu'il existe un courant d'opinion qui estime que certaines dispositions de conventions internationales obligent les États parties à subventionner les écoles des minorités, notamment celles des minorités religieuses.

B. - La place de la religion dans les écoles publiques

On examinera successivement le problème de la prière et des exercices religieux, celui de l'enseignement religieux et, enfin, la question du statut confessionnel de l'école publique. Pour la première et la troisième question, les conclusions tirées de la jurisprudence relative à la Charte canadienne pourront être transposées à la Charte québécoise, dans la mesure où les deux instruments ne présentent, à cet égard, aucune différence significative. Pour la seconde question, celle de l'enseignement religieux, il en ira différemment puisque la Charte québécoise contient, à son article 41, une disposition qui donne aux parents le droit d'exiger pour leurs enfants, dans les écoles publiques, «un enseignement religieux ou moral conforme à leurs convictions». Cette disposition québécoise n'a pas d'équivalent dans la Charte canadienne. Dans la présente partie, nous nous contenterons cependant d'examiner les principes tirés par les tribunaux de la Charte canadienne relativement à l'enseignement religieux et moral à l'école publique, ainsi que la conformité des dispositions législatives québécoises actuelles à ces principes. Nous analyserons l'article 41 de la Charte québécoise dans la troisième partie de cette étude, pour voir dans quelle mesure il modifie les principes tirés de la Charte canadienne, lesquels sont normalement transposables aux dispositions de la Charte québécoise sur la liberté de conscience et de religion et l'interdiction de la discrimination religieuse.

1. - La prière et les exercices religieux

a) Les formes d'exercice religieux contraires aux Chartes

¹¹⁸ Voir notamment : J.C. LONG & R.F. MAGSINO, «Legal Issues in Religion and Education», 4 Education and Law Journal 189, 213 suiv.; Christopher RICHTER, «Separation and Equality: An Argument for Religious Schools Within the Public System», (1996-97) 28 Ottawa Law Review 1, 29 suiv.; Paul HORWITZ, loc. cit., note 22, 59 suiv.; Rod WILTSHIRE, «The Right to Denominational Schools Within Ontario Public School Boards», (1995-96) 7 Education and Law Journal 81, 84 suiv.

Comme on l'a déjà mentionné plus haut, dans l'arrêt Zylberberg¹¹⁹ la Cour d'appel de l'Ontario a jugé inconstitutionnel, car incompatible avec l'article 2a) de la Charte canadienne, un règlement scolaire prévoyant la récitation de prières chrétiennes et la lecture de la Bible à l'école publique non confessionnelle, et ceci malgré la possibilité pour les parents qui le désiraient d'obtenir une exemption pour leurs enfants¹²⁰.

La Cour a considéré que le règlement exerçait une coercition contre les élèves en imposant l'observance religieuse aux non-croyants et l'observance religieuse chrétienne aux non chrétiens. La possibilité d'obtenir une dispense ne faisait pas disparaître cette atteinte à la liberté de conscience et de religion, car, d'une part, la nécessité de demander une telle dispense équivalait à imposer une déclaration de convictions et, d'autre part, les enfants bénéficiaires d'une dispense risquaient d'être stigmatisés comme non-conformistes et mis à l'écart par leurs camarades appartenant à la religion majoritaire. La Cour a noté que les enfants en milieu scolaire étaient particulièrement sensibles à la pression des pairs.

La Cour s'est ensuite demandée si la restriction de la liberté de conscience et de religion entraînée par le règlement pouvait être justifiée sous l'article premier de la Charte canadienne. En se fondant sur le jugement de la Cour suprême dans l'arrêt Big M Drug Mart¹²¹, elle a répondu par la négative car le règlement avait un objet religieux, celui d'imprégner l'éducation des valeurs chrétiennes. Elle a ajouté que même si, par hypothèse, on admettait que l'objectif du règlement était celui, séculier, de transmettre des valeurs éducatives et morales, il ne respecterait pas l'exigence de l'atteinte minimale. En effet, il existe d'autres moyens pour atteindre un tel objectif, qui restreignent moins la liberté de conscience et de religion.

b) Les formes d'exercice religieux qui pourraient être conformes aux Chartes

En se fondant sur une analyse de l'arrêt Zylberberg¹²² et en tenant compte du droit

¹¹⁹ Précité, note 78.

¹²⁰ Id.; le juge Lacourcière était dissident et estimait que la possibilité de dispense suffisait à faire en sorte qu'il n'y ait pas atteinte à la liberté de religion. Cependant, il est ensuite arrivé à la conclusion que les exercices religieux organisés par la Commission scolaire de Sudbury, à cause de leur caractère exclusivement chrétien, entraînaient une discrimination non justifiable.

¹²¹ Précité, note 7.

¹²² Précité, note 78.

américain, fort instructif en la matière, l'auteur Carol Stephenson, dans une étude fouillée, a tenté de dégager quels exercices religieux pourraient être considérés comme conformes à la Charte canadienne¹²³. Ses conclusions sont notamment les suivantes :

- toute forme de prière, verbale ou silencieuse, uni- ou multi-confessionnelle, serait à coup sûr considérée comme contraire à la Charte¹²⁴;

- en théorie, il serait possible d'imaginer des lectures faisant une place égale à toutes les croyances religieuses, quasi-religieuses et non-religieuses, sans aucun élément d'endoctrinement ni de favoritisme, mais en pratique un tel équilibre serait probablement impossible à atteindre;

- une mesure prévoyant un moment de silence pouvant être consacré, au choix des enfants, à la prière, à la méditation ou à la réflexion, sans qu'aucune de ces activités ne soit privilégiée, serait probablement considérée comme conforme à la Charte canadienne.

2. - L'enseignement religieux

a) Les formes d'enseignement religieux contraires à la Charte canadienne

Dans l'affaire Canadian Civil Liberties Association c. Ontario (Ministre de l'Éducation)¹²⁵ (ci-dessous : affaire Elgin), la Cour d'appel de l'Ontario, de façon unanime, a jugé contraire à l'article 2a) de la Charte canadienne un règlement adopté en vertu de la loi scolaire de l'Ontario voulant que les élèves reçoivent dans les écoles publiques, durant les heures régulières de classe, un enseignement religieux confessionnel, ainsi que le programme d'enseignement

¹²³ Carol A. STEPHENSON, «Religious Exercises and Instruction in Ontario Public Schools», (1991) 49 U. of T. Fac. L. Rev. 82; voir également, dans le même sens : Banafsheh SOKHANSANJ, «Our Father Who Art in the Classroom: Exploring a Charter Challenge to Prayer in Public Schools», (1992) 56 Saskatchewan Law Review 47-77; J.C. LONG & R.F. MAGSINO, loc. cit., note 118, 190 suiv.

¹²⁴ Dans l'arrêt Canadian Civil Liberties Association, précité, note 79, à la p. 372, la Cour note, à propos d'un cours de religion dont il est prévu dans le programme qu'il doit se terminer par une «prière silencieuse» : «In a programme that is purely educational and not indoctrinal or devotional, there would be no place for a prayer of any kind» (la Cour).

¹²⁵ Précité, note 79.

religieux adopté par la Commission scolaire du Comté d'Elgin.

Pour la Cour, un enseignement destiné à promouvoir l'adhésion à une religion viole la liberté de conscience et de religion s'il est dispensé à l'école publique, car cela revient pour l'État à imposer une observance religieuse particulière à ceux qui ne sont pas croyants ou qui professent d'autres convictions religieuses.

En ce qui concerne la possibilité d'obtenir une dispense de l'enseignement religieux, la Cour a essentiellement repris le raisonnement déjà utilisé dans l'arrêt Zylberberg¹²⁶, à savoir que la nécessité de demander une telle dispense pouvait avoir pour effet de stigmatiser les enfants pour lesquels elle est demandée et de les marginaliser par rapport aux enfants qui participent à la religion dominante. De ce point de vue, on peut sans doute penser qu'une formule exigeant que l'enseignement religieux fasse l'objet d'un choix positif de la part de ceux qui désirent le recevoir serait moins problématique, puisque ceux qui n'en voudraient pas n'auraient alors pas de dispense à demander (le régime du choix positif peut être caractérisé de système d'opt in et celui de la dispense d'opt out). Cependant, cette distinction n'a probablement pas une portée absolue et l'on devra tenir compte du contexte réel qui se dégagera de l'ensemble des choix effectués par les parents ou les enfants. S'il se dégage une forte majorité en faveur de l'enseignement religieux, on pourrait craindre que les enfants qui ne le suivent pas, même s'ils n'ont pas à demander une dispense, subissent une pression sociale et psychologique qui pourraient entraîner une stigmatisation. Il est vrai qu'on pourrait alors dire que la pression est le résultat, non pas d'une obligation posée par l'État (comme dans les systèmes où il faut demander une dispense), mais des choix dictés par la conscience de l'individu lui-même. Inversement, si une forte majorité d'enfants choisit de ne pas suivre l'enseignement religieux, aucune pression sociale ou psychologique ne s'exercera.

Les requérant prétendaient également que dans la mesure où le seul enseignement religieux prévu était celui de la religion chrétienne, il y avait atteinte au droit à l'égalité dans le bénéfice de la loi et dans la protection de la loi, contraire à l'article 15 de la Charte canadienne. La Cour a jugé qu'il était inutile qu'elle prenne position sur ce point, étant donné qu'elle était déjà parvenue à la conclusion qu'il y avait violation de la Charte au titre de la liberté de conscience et de religion.

¹²⁶ Précité, note 78.

En ce qui concerne le programme d'enseignement religieux (curriculum) adopté par la Commission scolaire, la Cour d'appel a jugé qu'il n'était pas susceptible d'être justifié sous l'article premier de la Charte car il ne s'agissait pas d'une «règle de droit» au sens de cette disposition. Quant au règlement provincial adopté en vertu de la Loi sur l'éducation¹²⁷, s'il remplissait bien cette condition, il était cependant contraire à la Charte dans son objet même, qui était d'éduquer (indoctrinate) les enfants dans la foi chrétienne, si bien qu'il n'était pas davantage susceptible d'être justifié en vertu de l'article premier.

Par ailleurs, selon la Cour, si par hypothèse on admettait que l'objectif du règlement est celui, légitime, d'inculquer aux enfants des valeurs morales, les moyens utilisés, à savoir l'éducation dans la seule foi chrétienne, ne respecteraient pas l'exigence de proportionnalité qui découle de l'article premier. Il n'y aurait ni lien rationnel, ni atteinte minimale. Il faut souligner qu'en se livrant à un tel raisonnement, la Cour d'appel admet implicitement qu'un enseignement moral laïque dispensé à l'école publique serait, à première vue, conforme à la liberté de conscience et de religion.

La Cour a souligné la différence qu'il y avait entre, d'une part, une éducation religieuse confessionnelle, qui vise un endoctrinement dans une religion donnée et qui viole la liberté de religion et, d'autre part, un enseignement religieux de type culturel, destiné à donner aux élèves, de façon impartiale et critique, une connaissance objective du phénomène religieux, qui est constitutionnellement permis à l'école publique. La Cour a également indiqué un certain nombre de critères qui permettent de distinguer l'enseignement confessionnel d'une religion de l'enseignement culturel et pluraliste des religions (voir infra)¹²⁸.

b) Les formes d'enseignement religieux ou moral qui pourraient être conformes à la Charte canadienne

En tenant compte de l'arrêt Elgin¹²⁹ ainsi que de l'expérience américaine, Carol Stephenson, dans l'étude mentionnée précédemment, a tenté de dégager quel genre

¹²⁷ L.R.O. 1980, c. 129.

¹²⁸ Précité, note 79, 367. La Cour reprend ces critères d'un ouvrage américain publié par l'American Association of School Administrators en 1986 : Religion in the Public Schools, p. 33.

¹²⁹ Précité, note 79.

d'enseignement moral ou religieux (confessionnel ou culturel) pourrait être considéré comme conforme à la Charte canadienne s'il était dispensé dans les écoles publiques¹³⁰.

L'enseignement moral laïque

L'auteur note que, pour échapper aux reproches, l'enseignement moral devrait transmettre des valeurs religieusement neutres, c'est-à-dire qui ne soient ni religieuses ni anti-religieuses. Il est cependant fort difficile de définir des valeurs morales qui respectent cette condition.

Le simple fait que certaines valeurs morales (comme la prohibition du vol ou du meurtre) correspondent aux principes de certaines religions ne suffit pas à entraîner une violation de la liberté de conscience et de religion.

L'auteur souligne que l'enseignement moral laïque risque d'entraîner l'école dans une situation paradoxale. Pour éviter le reproche d'inculquer des valeurs religieuses, l'école tendra à présenter les valeurs morales de la façon la plus neutre possible et à souligner la pluralité des opinions à leur sujet. Certains parents pourraient alors trouver qu'un tel enseignement véhicule un relativisme moral incompatible avec les convictions religieuses qu'ils cherchent à transmettre à leurs enfants. Dès lors, ils pourraient prétendre que l'enseignement moral donné à l'école viole leur liberté religieuse. Un autre argument, similaire, pourrait consister à prétendre que l'«humanisme laïque» qui est véhiculé par l'enseignement moral constitue lui-même une «religion». Une façon d'éviter ces divers reproches consisterait à prévoir une possibilité de dispense de l'enseignement moral. Certains pourraient alors prétendre que la nécessité d'obtenir une dispense a pour effet de stigmatiser les enfants. Mais on peut croire qu'un système de dispense de l'enseignement moral serait plus facilement justifié, sous l'article premier de la Charte canadienne, qu'un système de dispense de l'enseignement religieux confessionnel. On pourrait également prévoir que l'enseignement moral doit faire l'objet d'un choix positif (opt in).

L'enseignement religieux culturel

Stephenson rappelle que, dans l'arrêt Elgin¹³¹, la Cour d'appel de l'Ontario a

¹³⁰ Loc. cit., note 123, 98-103.

implicitement mais clairement admis la constitutionnalité d'un enseignement religieux de type culturel. L'auteur souligne les critères les plus importants d'un tel enseignement contenus dans le jugement¹³²:

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

L'auteur souligne un problème potentiel, qui risque de rendre ce genre d'enseignement difficile à assurer. En effet, dans la mesure où les religions sont décrites de façon documentaire, certains pourraient trouver matière à redire à la façon dont leur religion est présentée. Qu'on pense, par exemple, à un cours qui porterait sur la place des femmes dans l'Islam. Si l'enseignant laisse entendre que cette religion comporte des croyances ou des pratiques sexistes, les parents musulmans pourraient prétendre qu'il y a atteinte à la liberté de religion de leurs enfants. Cependant, un cours sur les religions qui voudrait éviter tout reproche de ce genre risquerait de sombrer dans la rectitude politique et de devenir intellectuellement insignifiant.

L'enseignement religieux confessionnel

Étant donné qu'en droit canadien le soutien étatique accordé à une religion n'est pas en tant que tel prohibé, l'enseignement religieux confessionnel à l'école publique n'est contraire à la Charte canadienne que s'il entraîne une coercition à l'égard des non-croyants ou s'il est discriminatoire. Un programme d'enseignement confessionnel organisé de façon à échapper à ces deux reproches serait donc valide.

Stephenson présente trois modèles d'enseignement religieux confessionnel plus ou moins susceptibles d'être considérés comme respectant ces conditions.

La plage horaire réservée durant la journée scolaire pour un enseignement confessionnel sur

¹³¹ Précité, note 79.

¹³² Voir supra, note 42.

les lieux de l'école (released time program)

Durant la journée scolaire, une plage horaire est réservée pour que les enfants puissent recevoir de l'enseignement religieux confessionnel dans les locaux scolaires, enseignement qui est assuré par les ministres ou représentants des divers cultes. La fréquentation de ces cours est entièrement volontaire et les écoliers qui décident de ne pas les fréquenter font du travail scolaire pendant cette période. Un programme de ce genre avait été prévu par la Commission scolaire du Comté d'Elgin en 1988-89, mais la Cour d'appel de l'Ontario n'a pas examiné sa validité. Aux États-Unis, ce genre de programme a été considéré comme invalide car contraire au principe de non-établissement; quatre membres de la Cour suprême américaine ont de plus considéré que le système entraînait une coercition à l'égard des non-croyants; pour eux, le modèle était donc également contraire au principe de libre exercice.

Selon l'auteur Stephenson, ce modèle, pour respecter le principe d'égalité, devrait prévoir l'enseignement de toutes les religions pour lesquelles il existe une demande significative, ainsi qu'un enseignement ou une activité alternative pour les non-croyants. L'auteur reconnaît la difficulté pratique de la formule en termes d'organisation, notamment à cause du nombre des locaux qui seraient nécessaires si beaucoup de religions devaient faire l'objet d'un enseignement.

Ce modèle amène les enfants et leurs parents à devoir faire un choix visible et identifiable par leurs camarades et par les enseignants, puisque l'activité a lieu sur les lieux de l'école et durant les heures régulières de classe, ce qui peut entraîner un effet de stigmatisation. Il y aurait alors, comme dans les affaires Zylberberg¹³³ et Elgin¹³⁴, violation de la liberté de conscience et de religion.

La plage horaire réservée durant la journée scolaire pour un enseignement confessionnel en dehors des lieux de l'école (dismissed time program)

Les enfants disposent, au cours de la journée scolaire, d'une plage horaire pendant laquelle ils quittent l'école pour recevoir l'instruction religieuse là où elle est dispensée (églises,

¹³³ Précité, note 78.

¹³⁴ Précité, note 79.

temples, synagogues, etc) par les représentants de chaque culte. Un système de ce genre a été validé par la Cour suprême des États-Unis, une majorité de juges arrivant à la conclusion qu'il n'y avait ni violation de la clause de non-établissement, ni effet de coercition qui aurait entraîné une violation de la clause de libre-exercice (sur ce dernier point, deux juges étaient cependant dissidents).

Dans ce système, le choix opéré par les enfants et leurs parents en matière d'éducation religieuse n'est pas — ou est peu — visible par leurs camarades ou par les enseignants et l'effet de stigmatisation est donc inexistant ou fortement atténué.

Un tel système ne soulève pas les mêmes problèmes d'organisation ou de disponibilité des locaux sur les lieux de l'école que ceux qui existent dans le modèle précédent, mais il est en réalité plus onéreux et plus compliqué puisqu'il faut assurer le transport et la sécurité de jeunes enfants vers des lieux très divers et leur retour à l'école après l'enseignement religieux.

Il faudrait également que l'école organise un enseignement moral laïque ou une activité de substitution pour les élèves qui choisissent de ne suivre aucun enseignement religieux à l'extérieur de l'école.

L'enseignement confessionnel sur les lieux de l'école avant ou après les classes régulières

Il s'agit du même système que dans le premier modèle, sauf que l'enseignement est assuré, sur les lieux de l'école, par des représentants des diverses religions, avant le début ou après la fin des classes régulières. C'est ainsi que les choses se passaient en Ontario avant 1944.

Contrairement au premier modèle (released time), ce système a été validé par la Cour suprême des États-Unis, à condition que la possibilité d'utiliser les locaux scolaires soit ouverte à toutes les religions et aux groupes non religieux. La différence tient donc au fait que l'enseignement religieux a lieu en dehors des heures de cours plutôt que pendant; dans les deux cas, par contre, les cours ont lieu dans les locaux scolaires.

Du point de vue pratique, ce modèle pose les mêmes problèmes d'organisation que le premier, mais ne soulève pas ceux du deuxième.

Comme dans le deuxième système, le choix opéré par les enfants et leurs parents est moins visible par leurs camarades (mais pas par les enseignants) que dans le premier. Par conséquent, le danger de «stigmatisation» est moindre.

Pourtant, l'auteur Stephenson estime que chacun des trois systèmes présente le risque d'entraîner une telle stigmatisation, du moins si une nette majorité se dégage en faveur de l'enseignement d'une religion donnée (si une telle majorité n'existe pas, les choix étant fractionnés et multiples, le risque est moindre). L'auteur souligne que l'âge des enfants sera un facteur important, ceux-ci étant d'autant plus vulnérables à une pression par les pairs qu'ils sont plus jeunes. On peut ajouter que l'effet de stigmatisation peut également varier en fonction d'un certain nombre de facteurs. Dans un petit milieu rural, par exemple, l'affiliation religieuse des individus, surtout si elle est non conformiste, sera généralement connue indépendamment des choix qu'ils sont susceptibles d'opérer à l'école en matière d'enseignement religieux. Par conséquent, la nécessité d'effectuer un tel choix n'entraînera généralement pas de stigmatisation supplémentaire. Par contre, en milieu urbain, les choix effectués à l'école peuvent obliger une personne à révéler des croyances ou des pratiques religieuses qui autrement resteraient inconnues.

c) Évaluation par rapport à la Charte canadienne des modalités actuelles d'enseignement moral et religieux dans les écoles publiques du Québec

Les modalités prévues par la Loi sur l'instruction publique en matière d'enseignement religieux et moral

En vertu de la Loi sur l'instruction publique¹³⁵, l'élève a le droit de choisir, à chaque année, entre l'enseignement moral et religieux, catholique ou protestant, et l'enseignement moral. Il a aussi le droit de choisir, à chaque année, l'enseignement moral et religieux d'une confession autre que catholique ou protestante lorsqu'un tel enseignement est dispensé à l'école. Au primaire et aux deux premières années du secondaire, les parents exercent ce choix pour leur enfant (art. 5).

L'élève catholique a droit à des services complémentaires en animation pastorale. L'élève

¹³⁵ L.R.Q., c. I-13.3.

protestant a droit à des services complémentaires en animation religieuse (art. 6).

L'enseignant a le droit de refuser de dispenser l'enseignement moral et religieux d'une confession pour motif de liberté de conscience (art. 20).

Le directeur de l'école s'assure qu'un enseignant qu'il affecte à l'enseignement moral et religieux, catholique ou protestant, satisfait aux conditions de qualification exigées par le comité catholique ou le comité protestant institué par la Loi sur le Conseil supérieur de l'éducation¹³⁶ (art. 49). La commission scolaire s'assure qu'une personne qu'elle affecte à l'animation pastorale catholique ou à l'animation religieuse protestante satisfait aux conditions de qualification exigées par le comité catholique ou le comité protestant, selon le cas (art. 261).

Une commission scolaire peut, après consultation des parents et sous réserve des règles de sanction des études prévues au régime pédagogique et des règlements du comité catholique ou du comité protestant, dispenser d'une matière prévue au régime pédagogique un élève qui a besoin de mesures d'appuis dans les programmes de la langue d'enseignement, d'une langue seconde ou des mathématiques (art. 222).

Une commission scolaire peut, en outre des programmes d'études établis par le ministre, élaborer et offrir des programmes d'études locaux dans des matières à option, établies ou non par le ministre, pour répondre à des besoins particuliers des élèves. Les programmes d'études locaux en enseignement moral et religieux, catholique ou protestant, sont soumis à l'approbation du comité catholique ou du comité protestant conformément à l'article 22 de la Loi sur le Conseil supérieur de l'éducation¹³⁷ (art. 223).

La commission scolaire doit dispenser, selon le choix de l'élève ou de ses parents, l'enseignement moral et religieux, catholique ou protestant, ou l'enseignement moral (art. 225).

La commission scolaire doit offrir à l'élève catholique des services complémentaires en animation pastorale et à l'élève protestant des services complémentaires en animation religieuse (art. 226).

¹³⁶ L.R.Q., c. C-60.

¹³⁷ Précitée, note 136.

Au moment de la demande d'inscription, la commission scolaire s'assure que l'élève ou ses parents indiquent l'enseignement que l'élève désire recevoir : l'enseignement moral et religieux, catholique ou protestant, ou l'enseignement moral. En cas de refus ou d'omission d'exercer ce choix, l'élève reçoit l'enseignement choisi l'année précédente ou, à défaut, l'enseignement moral (art. 241). À souligner qu'il n'y a donc pas de possibilité de dispense qui vaudrait à la fois pour l'enseignement moral et religieux, catholique ou protestant, et pour l'enseignement moral.

L'enseignement moral et religieux, catholique ou protestant, et les services d'animation pastorale catholique ou d'animation religieuse protestante doivent être dispensés conformément aux règlements du comité catholique ou du comité protestant du Conseil supérieur de l'éducation, selon le cas (art. 227). Notamment, la commission scolaire doit respecter le temps minimum prescrit par le comité catholique ou le comité protestant (art. 237).

Les programmes d'études en enseignement moral et religieux, catholique ou protestant, ainsi que les manuels scolaires et le matériel didactique de ces matières, doivent être approuvés par le comité catholique ou le comité protestant (art. 222, 223, 227).

Après consultation du conseil d'orientation et du comité d'école, la commission scolaire peut (mais ne doit pas) organiser l'enseignement moral et religieux d'une confession autre que catholique ou protestante. Elle doit cependant s'assurer de l'atteinte des objectifs obligatoires et de l'acquisition des contenus obligatoires définis dans les programmes d'études établis par le ministre en ce qui a trait à l'enseignement moral (art. 228).

Évaluation de ces modalités

Une première remarque a trait à l'objectif global des dispositions québécoises relatives à l'enseignement religieux et moral. Contrairement au règlement ontarien qui était en cause dans les arrêts Zylberberg¹³⁸ et Elgin¹³⁹, l'objectif général de ce régime (par opposition aux objectifs spécifiques de l'enseignement religieux catholique ou protestant) ne semble pas être d'éduquer

¹³⁸ Précité, note 78.

¹³⁹ Précité, note 79.

les enfants dans la foi catholique ou protestante (ce qui en ferait un objectif invalide). Si c'était le cas, il n'y aurait évidemment pas de possibilité d'option entre l'enseignement religieux catholique ou protestant et l'enseignement moral. L'objectif général du régime québécois est plutôt la transmission de valeurs morales et éducatives (la formation morale des élèves autrement dit), soit par le moyen de l'enseignement religieux, pour ceux qui le désirent, soit par celui de l'enseignement moral, pour les autres. Or nous avons vu que la Cour d'appel de l'Ontario, dans Zylberberg¹⁴⁰ et Elgin¹⁴¹, a reconnu, au moins implicitement, que l'objectif de transmission de valeurs morales (de formation morale des élèves) était légitime et valide.

Si nous avons raison sur ce point, les dispositions québécoises ne violent donc pas la Charte par leur objet même. Elles peuvent cependant entraîner une restriction des droits garantis par leurs effets. Néanmoins, dans cas elles seront susceptibles d'être justifiées sous l'article premier de la Charte canadienne (ou sous l'article 9.1 de la Charte québécoise).

Nous verrons successivement leur compatibilité avec le droit à l'égalité puis avec la liberté de conscience et de religion.

i) Évaluation par rapport au droit à l'égalité et à l'interdiction de la discrimination fondée sur la religion

Le caractère discriminatoire des dispositions québécoises est manifeste. Elles établissent une distinction de traitement entre ceux qui adhèrent aux religions catholique ou protestante, et qui ont un droit légal à l'enseignement de leur religion, ainsi qu'à des services d'animation pastorale ou religieuse, à l'école publique, et les adhérents de toutes les autres religions, pour qui il n'existe qu'une simple possibilité : celle qu'une commission scolaire accepte, sans y être tenu, d'organiser un enseignement religieux à leur bénéfice. Il y a donc une inégalité dans les bénéfices de la loi. Cette inégalité entraîne un désavantage indubitable pour les non-catholiques et les non-protestants et elle est fondée sur un motif prohibé de discrimination expressément mentionné dans l'article 15 de la Charte canadienne (et dans l'article 10 de la Charte québécoise; en outre, dans le cas de cette dernière, la discrimination se situe dans le champ des droits garantis aux articles 40 et 41 de la Charte). Il y a donc bien discrimination fondée sur la religion.

¹⁴⁰ Précité, note 78.

¹⁴¹ Précité, note 79.

Cette discrimination est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte canadienne ? Il faut commencer par identifier l'objectif poursuivi par le législateur avec les dispositions en cause, puis vérifier le rapport de proportionnalité qui existe entre cet objectif et les moyens utilisés par le législateur.

Si, comme nous l'avons mentionné précédemment, l'objectif législatif est celui, valide, de transmettre des valeurs morales, il n'y a évidemment pas de lien rationnel entre cet objectif et le fait de réserver l'enseignement religieux à deux religions seulement, fussent-elles majoritaires. Les valeurs morales seront transmises bien plus efficacement aux collectivités religieuses minoritaires par le biais de leur propre religion que par celui de la morale laïque. Ni le critère du lien rationnel ni celui de l'atteinte minimale ne sont satisfaits.

Si l'objectif du législateur, en réservant l'enseignement religieux à deux religions, est de favoriser celles-ci au détriment des autres confessions, un tel objectif est évidemment inconstitutionnel.

Si l'objectif est seulement d'économiser des fonds publics, le fait de faire supporter entièrement cette économie aux religions minoritaires, plutôt que de partager les fonds disponibles entre toutes les religions faisant l'objet d'une demande significative, sera sûrement considéré comme ne répondant pas au critère de l'atteinte minimale.

Il semble donc inévitable de conclure que les dispositions québécoises entraînent une discrimination contraire à l'article 15 de la Charte canadienne non justifiable sous l'article premier de celle-ci.

Pour terminer, il faut ajouter que le principe d'égalité n'exige pas que tous les groupes religieux, des plus grands aux plus petits, soient traités de façon identique. La loi pourrait prévoir que le droit à l'enseignement religieux et à l'animation religieuse ou pastorale, à l'école publique, n'existe que dans les cas où il y a une demande significative, c'est-à-dire «là où le nombre le justifie». Rappelons que la Charte canadienne elle-même, dans son article 23, subordonne à pareille condition le droit à l'enseignement dans la langue de la minorité (anglophone ou francophone).

ii) Évaluation par rapport à liberté de conscience et de religion

Le fait que les dispositions québécoises analysées précédemment créent une discrimination non justifiable suffirait évidemment à entraîner leur invalidité, si elles n'étaient pas protégées par deux dispositions dérogatoires, l'une qui écarte à leur égard l'application des articles 2 et 15 de la Charte canadienne, l'autre qui en fait autant pour les articles 3 et 10 de la Charte québécoise (art. 726 et 727). Il pourrait donc sembler superflu d'examiner également leur compatibilité avec la liberté de conscience et de religion. Pourtant, l'entreprise n'est pas inutile. En effet, si les droits actuellement réservés aux catholiques et aux protestants étaient accordés à toutes les religions pour lesquelles existe une demande significative, le caractère discriminatoire disparaîtrait, mais les dispositions en cause pourraient néanmoins être incompatibles avec la liberté de conscience et de religion.

Contrairement au Règlement ontarien invalidé dans l'arrêt Elgin¹⁴², qui prévoyait un enseignement religieux confessionnel avec possibilité de dispense, la loi québécoise prévoit un système d'option entre l'enseignement moral et religieux, catholique ou protestant, et l'enseignement moral, sans possibilité de dispense totale à l'égard des deux enseignements en même temps.

Dans le cas de la disposition du règlement ontarien sur la prière et les exercices religieux, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé, dans Zylberberg¹⁴³, qu'il y avait coercition incompatible avec la liberté de conscience et de religion et que la possibilité de dispense ne faisait pas disparaître cette contrainte : a) parce que la nécessité de réclamer la dispense équivalait à une obligation de profession de convictions religieuses; b) parce que le fait d'être dispensé de l'enseignement confessionnel pouvait entraîner une stigmatisation et une mise à l'écart des enfants des minorités religieuses.

Dans Elgin, à propos de la disposition du règlement ontarien sur l'enseignement religieux, la Cour d'appel n'a repris, concernant la possibilité de dispense, que le deuxième argument, sans mentionner à nouveau le premier.

¹⁴² Précité, note 79.

¹⁴³ Précité, note 78.

Si le premier argument était à nouveau retenu, il pourrait être opposé au système québécois puisque la nécessité d'exercer l'option équivaut à l'obligation de faire une profession de convictions philosophiques ou de foi religieuse. Il nous semble cependant que ce serait aller trop loin, car le même reproche pourrait être soulevé contre tout système dans lequel un ou plusieurs choix sont possibles. Or il serait paradoxal d'invalider un système simplement parce qu'en offrant une liberté de choix, il amène les gens à exercer cette liberté.

L'argument de la stigmatisation pourrait également être opposé au système québécois, mais dans une moindre mesure qu'au système ontarien. En effet, un système de dispense laisse entendre que la modalité dont on se fait dispenser représente la «normalité», le régime d'exemption étant exceptionnel. Par contre, dans un système d'option, les diverses possibilités disponibles peuvent toutes être considérées comme «normales», aucune n'étant théoriquement une exception par rapport aux autres. Dans le système québécois cela est d'autant plus vrai pour l'enseignement moral qu'en cas d'absence de choix formel, les parents ou les élèves sont présumés avoir voulu choisir cette modalité¹⁴⁴.

Si l'on quitte le niveau théorique pour le plan pratique, le choix de l'enseignement moral risquerait d'autant plus d'être «stigmatisant» qu'il serait le fait d'une petite minorité, l'enseignement religieux étant choisi par une forte majorité. Dans ce cas, les enfants minoritaires pourraient effectivement se sentir mis à l'écart. Or plus il y aura d'options entre

¹⁴⁴ Cependant, une autre forme de stigmatisation semble résulter du système québécois de l'option obligatoire entre l'enseignement moral et religieux, catholique ou protestant, et l'enseignement moral; voir Marcel AUBERT, «La référence aux droits des parents d'exiger de l'école un enseignement religieux ou moral conforme à leurs convictions», (1989) 9 Cahiers de recherche en sciences de la religion, 15 : «De sorte, le choix effectif des parents devient limité soit à l'enseignement religieux catholique visant à l'approfondissement de la foi, soit à l'enseignement moral dont est exclue toute perspective religieuse» (35); «Force est de constater que, dans l'école catholique, ou bien la quête de sens et l'univers de signification se trouvent dans la tradition catholique, ou bien ils se trouvent dans un humanisme a-religieux. Selon le choix que les parents sont mis en demeure de faire, l'enfant sera orienté par l'école vers l'une ou l'autre de ces lectures signifiantes. [...] Les effets concrets du régime d'option conduisent à une répartition des élèves selon un critère qui n'a aucune correspondance sociale: "ou bien tu es catholique, donc religieux, ou bien tu es moral donc sans religion". [...] Sans doute, parmi les enfants inscrits en enseignement moral, s'en retrouve-t-il dont les parents ont des convictions reliées à une religion autre que catholique. Cependant, aux yeux des élèves inscrits en enseignement religieux catholique, cette religion, autre que catholique, pourra-t-elle être considérée comme une vraie religion?» (38)

lesquelles choisir, plus le choix sera multiple et morcelé, moins il y aura de risques de retrouver, l'une en face de l'autre, une petite minorité et une forte majorité. Autrement dit, le respect de l'égalité, qui entraînerait la multiplication des options disponibles, diminuerait également le risque qu'il y ait atteinte à la liberté de conscience et de religion.

Comme on l'a souligné précédemment, le risque de stigmatisation est moins important lorsque l'enseignement religieux est donné, dans les locaux de l'école publique, en dehors des heures régulières de classe, avant le début ou après la fin de celles-ci.

Enfin, même s'il existe un choix entre de nombreux enseignements religieux et l'enseignement moral, et a fortiori si ce choix n'existe qu'entre l'enseignement catholique ou protestant et l'enseignement moral, il peut arriver que des parents considèrent tous les enseignements disponibles comme incompatibles avec leurs convictions (par exemple parce que leur religion a trop peu d'adhérents pour justifier l'organisation d'un enseignement religieux). Dans ce cas, pour sauvegarder leur liberté religieuse, il faut prévoir une possibilité de dispense à l'égard de tous les enseignements religieux existants et de l'enseignement moral. Comme on le verra plus loin, le droit à une dispense, outre la liberté de conscience et de religion, peut également s'appuyer, dans le cas de la Charte québécoise, sur l'article 41 de celle-ci. Par ailleurs, comme on l'a mentionné précédemment, le système qui a le plus de chances d'être considéré comme conforme à la liberté de conscience et de religion est celui qui demande un choix positif de l'enseignement religieux ou moral et qui laisse donc la possibilité, en ne choisissant ni l'un ni l'autre, de ne suivre aucun des deux, sans avoir à demander de dispense ni à l'égard de l'un ni à l'égard de l'autre.

En conclusion, le système québécois actuel en matière d'enseignement religieux et moral, dans la mesure où il offre le choix entre l'enseignement moral et religieux catholique ou protestant et l'enseignement moral laïque, doit être considéré comme entraînant une discrimination fondée sur la religion, non justifiable en vertu de la clause limitative de la Charte canadienne. Deux solutions sont possibles. La première, si l'on voulait simplement maintenir le système actuel, consisterait à continuer à le protéger par deux clauses de dérogation écartant l'application des deux Chartes. La seconde, si l'on voulait faire disparaître la discrimination, consisterait à étendre le droit à l'enseignement religieux et à l'animation pastorale ou religieuse à toutes les religions pour lesquelles il existe une demande suffisante, tout en maintenant l'enseignement moral laïque. Il serait prudent de prévoir une possibilité de dispense pour les

enfants ou les parents, selon le cas, qui estimeraient, pour des raisons de conscience ou de religion, ne pouvoir suivre aucun des enseignement religieux dispensés, et pas davantage l'enseignement moral. Un tel système, tout en n'étant pas discriminatoire, ne devrait pas davantage être considéré comme contraire à la liberté de conscience et de religion. En effet, même si la nécessité de faire des choix ou de demander une dispense demeurerait, l'effet de stigmatisation serait inexistant, ou du moins suffisamment réduit pour que l'on puisse considérer que le critère de l'atteinte minimale serait satisfait (l'objectif du régime étant celui, valide, de la transmission des valeurs morales).

Pour augmenter les chances de satisfaire les critères des deux Chartes, l'enseignement religieux pourrait être donné, dans les locaux de l'école publique, en dehors des heures régulières de classe, avant le début ou après la fin de celles-ci.

Enfin, on pourrait encore améliorer les probabilités de conformité aux Chartes en confiant aux diverses confessions elles-mêmes, plutôt qu'à l'école publique, la responsabilité d'organiser l'enseignement religieux, sur les lieux de l'école, en dehors des heures de classe. L'école continuerait cependant d'assurer l'enseignement moral.

3. - Le statut confessionnel des écoles

Les modalités prévues par la Loi sur l'instruction publique¹⁴⁵ relativement au statut confessionnel des écoles

Après consultation des parents des élèves de l'école faite conformément au règlement du ministre et après consultation du conseil d'orientation et du comité d'école, la commission scolaire peut demander au comité catholique ou au comité protestant une reconnaissance comme école catholique ou protestante; elle peut pareillement demander le retrait de cette reconnaissance (art. 218).

La commission scolaire nomme un responsable du soutien à l'administration des écoles reconnues comme catholiques et des écoles reconnues comme protestantes ainsi qu'aux services d'enseignement moral et religieux et d'animation pastorale ou religieuse offerts dans ses écoles;

¹⁴⁵ Précitée, note 135.

ce responsable doit consacrer la majeure partie de son temps à l'exercice de cette fonction. La nomination du responsable doit recevoir l'assentiment de l'évêque du diocèse catholique où est situé le siège de la commission scolaire et d'un comité formé par les Églises protestantes présentes sur le territoire de la commission scolaire (art. 262). Si elle le juge opportun, la commission scolaire peut nommer, au lieu du responsable visé à l'article 262, un responsable du soutien aux écoles reconnues comme catholiques et aux services de foi catholique et un responsable du soutien aux écoles reconnues comme protestantes et aux services de foi protestante (art. 263).

Le pouvoir du gouvernement d'établir des régimes pédagogiques est, sur certains sujets, exercé sous réserve du pouvoir réglementaire du comité catholique et du comité protestant visé à l'article 22 de la Loi sur le Conseil supérieur de l'éducation¹⁴⁶ (art. 449).

Le pouvoir du ministre de l'Éducation d'établir les normes d'évaluation de la scolarité des enseignants et les modalités des autorisations d'enseigner est exercé sous réserve du pouvoir réglementaire du comité catholique et du comité protestant prévu à l'article 22 de la Loi sur le Conseil supérieur de l'éducation¹⁴⁷ (art. 456).

Le ministre établit, par règlement, après consultation du comité catholique et du comité protestant, les conditions et les modalités de consultation des parents des élèves fréquentant une école pour la demande de reconnaissance confessionnelle de l'école ou la demande de retrait de cette reconnaissance (art. 457).

Toute école conserve la reconnaissance confessionnelle qu'elle a au 30 juin 1989 jusqu'à ce que le comité catholique ou le comité protestant la révoque d'office ou à la demande de la commission scolaire (art. 711).

La première question qui se pose est celle du contenu du concept de confessionnalité et des conséquences concrètes du statut confessionnel d'une école sur le contenu de l'enseignement. Dans son mémoire sur le Projet de loi 40, la Commission des droits de la personne du Québec souligne que le concept de confessionnalité n'est pas univoque et peut prendre des sens

¹⁴⁶ L.R.Q., c. C-60.

¹⁴⁷ Id.

différents. L'intégration de la dimension religieuse dans une institution scolaire publique peut se faire à plusieurs degrés¹⁴⁸. Une première modalité de la confessionnalité à l'école publique est la présence dans la grille horaire de cours de religion et l'existence d'un service d'animation pastorale. Dans une deuxième interprétation, plus ambitieuse, la confessionnalité équivaut au choix d'une religion comme pôle intégrateur du projet éducatif; l'école devient un lieu religieux où la culture est livrée toute intégrée et signifiée dans une perspective confessionnelle. Autrement dit, l'ensemble des enseignements, et non plus seulement l'enseignement religieux, est imprégné de valeurs religieuses.

La confessionnalité des écoles publiques, ou de certaines d'entre elles, est-elle compatible avec le droit à l'égalité et la liberté de conscience et de religion?

a) Évaluation par rapport au droit à l'égalité et à l'interdiction de la discrimination fondée sur la religion

Manifestement, la loi québécoise établit une différence de traitement entre les catholiques et les protestants, qui ont le droit à des écoles publiques confessionnelles, et les adhérents de toutes les autres religions, qui n'ont pas le même privilège. Cette différence de traitement se traduit pour ces derniers par un désavantage. Elle est donc discriminatoire.

Pour justifier pareille discrimination sous l'article premier de la Charte canadienne ou l'article 9.1 de la Charte québécoise, il faudrait d'abord identifier un objectif légitime. La tâche n'est pas aisée. On pourrait imaginer qu'il s'agit de l'objectif de favoriser l'exercice de la religion tout en limitant les privilèges conférés à deux religions pour des raisons d'économie budgétaire. On sent bien que, même si un tel objectif était reconnu comme valide, le régime ne satisferait cependant pas au critère de l'atteinte minimale. Le simple maintien des traditions existantes ne constitue évidemment pas un objectif suffisant pour justifier la restriction des droits et libertés. En réalité, le seul objectif vraisemblable paraît être celui de promouvoir les religions catholique et protestante, ce qui est évidemment inconstitutionnel.

Pourrait-on imaginer un système dans lequel certaines écoles auraient un statut confessionnel catholique ou protestant, mais offriraient l'enseignement religieux pour toutes les

¹⁴⁸ Mémoire de la Commission des droits de la personne du Québec sur le Projet de loi no 40: Loi sur l'enseignement primaire et secondaire public (sans indication de date), pp. 48 suiv.

religions pour lesquelles la demande serait suffisante ? La formule paraît plutôt bizarre, mais en admettant qu'elle puisse exister, serait-elle encore discriminatoire?

Si la confessionnalité signifiait plus que l'enseignement de la religion et entraînait l'imprégnation de toutes les matières par les valeurs religieuses, l'inégalité de traitement discriminatoire subsisterait évidemment.

Si la confessionnalité n'impliquait pas autre chose que l'enseignement religieux, il n'y aurait plus discrimination à ce niveau, mais celle-ci subsisterait au niveau de la reconnaissance symbolique.

Signalons que, dans l'affaire du projet de loi 30 en Ontario, autant en Cour d'appel de l'Ontario¹⁴⁹ qu'en Cour suprême¹⁵⁰, tous les juges qui ont soulevé la question ont pris pour acquis, mais sans se livrer à une analyse approfondie, que le financement des écoles catholiques faisant partie du système public, alors que les autres écoles religieuses ne sont pas financées, constitue une rupture de l'égalité. Dans cette affaire, il s'agissait des écoles catholiques publiques, financées par l'Ontario. Ces dispositions, bien qu'entraînant une discrimination contraire à l'article 15 de la Charte, étaient soustraites à l'empire de celle-ci par l'effet de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867¹⁵¹. La même immunité n'existe plus pour la législation québécoise depuis la modification de l'article 93 pour le Québec en 1997¹⁵².

Pour faire disparaître la discrimination découlant du régime actuel, il faudrait donc qu'il

¹⁴⁹ Reference re an Act to Amend the Education Act, (1986) 53 O.R. (2d) 513 (Ont. C.A.).

¹⁵⁰ Renvoi relatif au projet de Loi 30. An Act to Amend the Education Act (Ont.), précité, note 107. Madame la juge Wilson affirmait sans hésitation que l'article 93 «s'accorde mal avec le concept d'égalité enchâssé dans la Charte du fait que les autres écoles ne peuvent en bénéficier» (1197). Dans l'arrêt Adler, précité, note 12, le juge Iacobucci a repris à son compte, par deux fois, l'opinion du juge Wilson dans le Renvoi relatif au projet de Loi 30 à l'effet que l'article 93 est en contradiction avec l'article 15 de la Charte consacrant le droit à l'égalité devant la loi (642 et 644).

¹⁵¹ Précitée, note 73.

¹⁵² Le 19 décembre 1997 a été proclamée une modification de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867, précitée, note 73, qui a pour effet de soustraire entièrement le Québec au respect des droits confessionnels scolaires, voir Modification constitutionnelle de 1997 (Québec), T.R. 97-141, Gaz. C. 1997.II, édition spéciale du 22 décembre 1997, vol. 131.

existe des écoles publiques confessionnelles pour toutes les religions présentant une importance suffisante (en termes numériques), ainsi que des écoles publiques laïques. Il faudrait également que chacun ait accès à l'école publique confessionnelle ou laïque de son choix dans des conditions qui respectent l'égalité au sens matériel du terme, c'est-à-dire à distance raisonnable de son domicile, tenant compte des nécessités imposées par les réalités géographiques, démographiques et économiques.

b) Évaluation par rapport à la liberté de conscience et de religion

L'existence d'écoles confessionnelles publiques est-elle compatible avec la liberté de conscience et de religion ? Comme le dit la Commission des droits de la personne du Québec, «si tous les usagers d'une école étaient d'accord avec [le] projet éducatif et confessionnel, il n'y aurait rien à redire»¹⁵³. Il faudrait donc que les écoles publiques confessionnelles ne soient fréquentées que par ceux qui décident volontairement de s'y inscrire parce qu'elles leur conviennent, les autres ayant le choix de s'inscrire dans une école sans statut confessionnel. Mais cela supposerait que tout enfant scolarisé au Québec ait toujours la possibilité de fréquenter une telle école dans son environnement immédiat. La réalisation d'une telle condition paraît peu probable.

Un problème similaire a été abordé dans l'arrêt Bal c. Ontario (Procureur Général)¹⁵⁴, une décision de la cour ontarienne de première instance, confirmée presque sans commentaire par la Cour d'appel¹⁵⁵. Des requérants appartenant à diverses religions minoritaires voulaient s'y faire reconnaître, sur la base de la liberté de religion et du droit à l'égalité, le droit d'obtenir des écoles religieuses minoritaires au sein du système scolaire public ontarien. Le juge Winkler a rejeté cette prétention pour divers motifs, en se fondant notamment sur l'arrêt Adler¹⁵⁶ de la Cour d'appel de l'Ontario (arrêt plus tard confirmé par la Cour Suprême¹⁵⁷). On se rappellera que, dans cet arrêt, il a été décidé que l'État n'a pas l'obligation de financer les écoles minoritaires privées. Le juge Winkler a considéré que le fait de réclamer des écoles minoritaires

¹⁵³ Op. cit., note 148, p. 54.

¹⁵⁴ Bal c. Ontario (Procureur Général), (1994) 121 D.L.R. (4th) 96 (Ont. Ct., Gen. Div.).

¹⁵⁵ Bal c. Ontario (Procureur Général), (1997) 34 O.R. (3d) 484 (Ont. C.A.).

¹⁵⁶ Adler c. Ontario, (1994) 116 D.L.R. (4th) 1 (Ont. C.A.).

¹⁵⁷ Précité, note 12.

au sein du système public équivalait à demander leur financement par l'État et que la réponse devait être la même dans les deux cas.

Mais c'est un autre argument qui nous intéresse ici. Le juge a également souligné que l'existence d'écoles religieuses minoritaires dans le système public risquait de porter atteinte à la liberté de religion de certains enfants. En effet, si la seule école publique dans un voisinage, ou l'école la plus pratique (the most convenient school), est une école religieuse minoritaire, un enfant chrétien habitant ce voisinage y sera admis mais devra, soit se soumettre à un enseignement et à des exercices religieux, soit demander une dispense à l'égard de ces activités. Dans les deux cas, sa liberté de conscience et de religions sera restreinte. Pour éviter cette conséquence, l'élève chrétien devra fréquenter une école moins pratique pour lui¹⁵⁸.

Selon un auteur qui a analysé cette décision, celle-ci signifie qu'il est inconstitutionnel pour une province de faire fonctionner des écoles confessionnelles au sein de son système scolaire public même si, au départ, elles ne sont fréquentées que par ceux qui le font volontairement¹⁵⁹.

Par conséquent, selon cet auteur, l'existence d'écoles publiques confessionnelles restreindrait inévitablement la liberté de conscience et de religion de ceux qui n'adhèrent pas à cette confession mais qui devront choisir, soit de s'inscrire à une école confessionnelle parce que c'est l'école la plus proche ou la plus pratique, soit de s'inscrire à une école moins proche ou moins pratique. Ou, si l'on préfère, pour que l'existence d'écoles publiques confessionnelles ne restreigne pas la liberté de conscience et de religion, il faudrait qu'aucune de ces écoles ne constitue jamais l'école la plus proche ou la plus pratique pour un enfant qui n'adhère pas à cette confession.

¹⁵⁸ Précité, note 154, 123-124 (J. Winkler).

¹⁵⁹ Rod WILTSHIRE, loc. cit., note 118, 81 et 82 : «The reasons in Bal also indicate that the Ontario government may not operate denominational schools within the public school system even if attended only by those who choose to do so [...]; the most convenient public school for a child to attend might be devoted to a minority religious perspective, thus requiring a student to either attend a less convenient school or to seek an exemption from religious elements of the most convenient school's program»; l'auteur estime même que la décision peut être interprétée comme signifiant que le financement public des écoles religieuses serait également contraire à la liberté de religion, pour les mêmes raisons : «It would appear that any private denominational school in receipt of public funds, if the most convenient school for any child, might infringe that child's right not to be indoctrinated in a particular religion by the state».

L'atteinte à la liberté de conscience et de religion entraînée par le statut confessionnel des écoles publiques sera d'autant plus grave que le degré de confessionnalité sera plus poussé. Dans une école où les valeurs religieuses imprègnent l'ensemble de l'enseignement, comme le dit la Commission des droits de la personne, «le résultat [...] est que les élèves, même s'ils ne participent pas à l'enseignement religieux ou à l'animation pastorale, se verront soumis à tout un projet éducatif polarisé par les croyances confessionnelles»¹⁶⁰.

Le règlement du Comité catholique prévoit que «[l']école publique reconnue comme catholique intègre, dans le respect des libertés de conscience et de religion, les croyances et les valeurs de la religion catholique dans son projet éducatif»¹⁶¹. Cela pallie-t-il les problèmes qui viennent d'être soulevés ? La réponse est négative pour deux raisons.

En premier lieu, comme la Cour d'appel de l'Ontario l'a mentionné dans Zylberberg¹⁶² et dans Elgin¹⁶³, ce n'est pas à la majorité d'apprécier ce qui constitue une atteinte à la liberté de religion de la minorité, mais bien à cette dernière. La direction d'une école catholique pourra bien juger que son programme est respectueux de la liberté de conscience et de religion; ce ne sera pas forcément l'opinion des élèves musulmans, ou appartenant à d'autres religions, qui fréquenteront l'école (parce qu'elle est la plus proche de leur domicile ou la plus pratique pour eux).

En second lieu, comme le montre l'examen minutieux et rigoureux du curriculum de la Commission scolaire dans l'affaire Elgin¹⁶⁴, le caractère respectueux ou non de la liberté de conscience et de religion d'un programme scolaire doit s'apprécier en fonction de son contenu véritable et non des intentions de ses auteurs. Le cas échéant, les programmes des écoles catholiques et protestantes seront scrutés de cette façon.

¹⁶⁰ Op. cit., note 148, p. 55.

¹⁶¹ R.R.Q., c. C-60, r. 7.2, art. 4. L'art. 23 énonce : «Le personnel de l'école publique reconnue comme catholique ainsi que toute autre personne qui y travaille, les parents et les élèves doivent être respectueux du caractère à la fois public et catholique de l'école».

¹⁶² Précité, note 78.

¹⁶³ Précité, note 79.

¹⁶⁴ Id.

J. Woehrling

Deuxième Partie: Les règles du droit international public relatives à la liberté de conscience et de religion, à l'interdiction de la discrimination religieuse et aux droits des parents en matière d'éducation religieuse

I. - L'autorité du droit international public devant les tribunaux canadiens

Nous traiterons principalement des normes conventionnelles, dans la mesure où la liberté de religion et l'interdiction de la discrimination religieuse, ainsi que les droits des parents en matière d'éducation religieuse, font l'objet de conventions internationales auxquelles le Canada est partie, les coutumes internationales ne jouant dans ce domaine qu'un rôle limité, voire négligeable¹⁶⁵.

La conclusion des traités au Canada relève du pouvoir exécutif en vertu de la prérogative royale. En principe, le gouvernement n'est jamais obligé d'obtenir l'accord du Parlement en vue de la conclusion d'un traité, mais en pratique les accords les plus importants sont soumis à l'approbation des deux Chambres par résolution conjointe, avant l'engagement définitif du Canada. Par ailleurs, dès qu'un traité affecte l'ordre juridique interne, ce qui est évidemment le cas des traités relatifs aux droits de la personne, une législation devient nécessaire pour sa mise en œuvre (par opposition à sa conclusion). En effet, le principe de séparation des pouvoirs et, surtout, celui de la souveraineté du Parlement, exigent que le pouvoir législatif intervienne dans tous les cas où un traité a pour effet de modifier le droit interne; s'il en allait autrement, le gouvernement pourrait utiliser ses pouvoirs en matière internationale pour empiéter sur le domaine réservé aux corps législatifs. Les traités sont mis en œuvre par le Parlement fédéral ou par les législatures provinciales, selon que l'objet du traité relève de la compétence fédérale ou provinciale.

C'est donc dire que seuls les traités ayant fait l'objet d'une législation de mise en œuvre peuvent être directement invoqués devant les tribunaux canadiens. Ils auront alors le rang d'une loi ordinaire du Parlement. Le principe lex posterior priori derogat recevant application,

¹⁶⁵ La jurisprudence canadienne établit clairement que le droit international coutumier est applicable au Canada dans la mesure où il n'entre pas en conflit avec le droit interne. Sur la question des rapports entre le droit interne canadien et le droit international, voir : Francis Rigaldies et José Woehrling, «Le juge interne canadien et le droit international» (1980) 21 Cahiers de Droit 293.

le droit international conventionnel ne peut bénéficier d'aucune supériorité par rapport au droit interne. Cette conséquence est conforme au principe de la souveraineté du Parlement. S'il y avait un conflit entre le droit international et le droit interne, les tribunaux canadiens seraient tenus d'appliquer celui-ci plutôt que celui-là. Cette solution présente cependant l'inconvénient de rendre plus difficile le respect du droit international par le Canada et d'exposer ainsi celui-ci à voir engager sa responsabilité internationale. C'est la raison pour laquelle on retrouve dans notre droit la règle qui est commune à tous les systèmes qui ne reconnaissent pas la suprématie de principe du droit international : celle de l'interprétation favorable au droit international des lois internes. On précisera la portée de cette règle dans le prochain point.

II. - La justification du recours au droit international des droits de la personne dans l'interprétation et l'application des Chartes canadienne et québécoise

Les deux principaux arguments utilisés pour justifier le recours au droit international dans l'interprétation et l'application des Chartes sont, d'une part, celui fondé sur la présomption de conformité du droit interne canadien au droit international et, d'autre part, celui du «contexte d'adoption» des Chartes.

A. - L'argument fondé sur la présomption de conformité du droit interne canadien au droit international

Ce principe d'interprétation est susceptible de justifier le recours aux normes du droit international — qu'il s'agisse des règles conventionnelles, coutumières ou des principes généraux du droit — pour interpréter les lois parlementaires, les actes de nature réglementaire et, par extension, la Constitution elle-même (y compris la Charte canadienne des droits et libertés). Cependant, la nature même du principe exige que deux conditions soient réunies pour qu'il puisse s'appliquer : la norme de droit international invoquée doit lier juridiquement le Canada (la présomption étant à l'effet que le législateur n'entend pas violer les obligations internationales du pays); la norme interne à laquelle il s'agit d'appliquer la présomption de conformité au droit international doit présenter une ambiguïté; en effet, un texte clair ne doit pas donner lieu à interprétation. Enfin, le principe de l'interprétation favorable au droit international ne s'applique que dans la mesure où la norme internationale de référence n'est pas incompatible avec le droit interne.

B. - L'argument du contexte d'adoption

En vertu de l'argument du «contexte d'adoption», les tribunaux s'autoriseront, pour interpréter les Chartes, à recourir aux textes internationaux dont on peut démontrer qu'ils ont directement inspiré l'élaboration de celles-ci. Il s'agit ici, par conséquent, de ce que l'on pourrait appeler le «contexte d'adoption» (ou, encore, le contexte «législatif») des Chartes. Soulignons qu'en vertu de la logique propre à cet argument, peu importe que les textes internationaux en cause lient juridiquement le Canada, c'est-à-dire qu'il s'agisse de conventions qu'il a ratifiées ou encore de déclarations d'organismes internationaux pour lesquelles il a voté; ce qui est déterminant, c'est que ces textes aient directement servi de modèle aux rédacteurs des Chartes. L'examen de la jurisprudence révèle que les tribunaux estiment que ce sont la Déclaration universelle des droits de l'Homme¹⁶⁶, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁶⁷ et la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁶⁸ qui constituent les instruments internationaux qui ont le plus inspiré les rédacteurs de la Charte québécoise et de la Charte canadienne¹⁶⁹.

Les tribunaux canadiens et québécois n'ont pas hésité à prendre en compte un contexte plus large que celui dont il vient d'être question : ils l'appellent le «contexte international». Ce contexte élargi comprend, outre les instruments dont il vient d'être question, d'autres conventions et déclarations internationales relatives aux droits de la personne. La justification en est que tous ces instruments internationaux, ceux qui ont directement inspiré les rédacteurs des Chartes comme les autres, qui n'ont pas joué un tel rôle, s'influencent réciproquement et, en tout cas, découlent d'une inspiration commune; ils appartiennent par conséquent à une même

¹⁶⁶ A.G. Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810 (1948); reproduite dans SCHABAS et TURP, *op. cit.*, note 64, pp. 7 et suiv.

¹⁶⁷ (1976) 999 R.T.N.U. 187; entré en vigueur pour le Canada le 19 août 1976; reproduit dans W.A. SCHABAS et D. TURP, *op. cit.*, note 64, pp. 13 et suiv.

¹⁶⁸ (1955) 213 R.T.N.U. 221; reproduite dans W.A. SCHABAS et D. TURP, *op. cit.*, note 64, pp. 151 et suiv.

¹⁶⁹ Pour les décisions judiciaires dans lesquelles de telles opinions ont été exprimées, voir : William A. SCHABAS, Précis du droit international des droits de la personne, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, pp. 251 et 252 (Charte québécoise) et p. 253 (Charte canadienne). Pour une liste complète des décisions canadiennes citant les instruments internationaux relatifs aux droits de la personne dans le cadre de l'interprétation des Chartes, voir : William A. SCHABAS, International Human Rights Law and the Canadian Charter, 2e éd., Toronto, Carswell, 1996.

«tradition» (à un même «mouvement»), à laquelle les rédacteur des Chartes ont puisé. C'est à ce titre que les tribunaux sont justifiés d'y recourir .

Pour terminer, soulignons que les normes internationales servent souvent d'argument, sur le plan politique, à ceux — personnes, groupes ou organismes — qui désirent faire progresser la cause des droits de la personne ou, plus prosaïquement, promouvoir leurs intérêts propres. Il s'agit d'un argument puissant car rares sont les décideurs politiques qui voudraient encourir le reproche de ne pas respecter les normes internationales dans ce domaine. Cependant, le recours au droit international devrait faire l'objet de certaines précautions qui ne sont pas toujours respectées. Trop souvent, on constate que certains sont tentés de pratiquer une interprétation délibérément extensive des normes internationales, facilitée selon le cas par l'absence d'interprétation internationale authentique, ou plus souvent, par la méconnaissance, consciente ou non, de celle-ci. Une telle politique semble à l'occasion être fondée sur la volonté d'user du vecteur de la supériorité de la règle internationale pour faire évoluer le droit interne dans une direction souhaitée par celui qui y recourt, mais qui n'est ni exigée, ni même impliquée par celle-ci.

III. - Contenu et portée des normes du droit international relatives à la liberté de conscience et de religion, à l'interdiction de la discrimination religieuse et aux droits des parents en matière d'éducation religieuse

La liberté de pensée, de conscience et de religion et l'interdiction de la discrimination pour des raisons religieuses, de même que les droits des parents en matière d'éducation religieuse de leurs enfants, sont garantis dans de nombreux textes internationaux, universels ou régionaux. Les instruments internationaux comprennent à la fois des conventions, qui créent des obligations juridiques pour les États parties, et des déclarations, qui sans être obligatoires, servent à interpréter les conventions qu'elles explicitent ou énoncent des valeurs auxquelles les États ne sauraient déroger sans encourir un blâme moral et politique.

Nous examinerons d'abord les principaux instruments adoptés dans le cadre des Nations-Unies et de ses institutions spécialisées, dont la plupart s'appliquent au Canada. Nous verrons ensuite les instruments du cadre régional américain, dont le Canada fait partie, et européen, auquel il n'appartient évidemment pas. Ce dernier mérite néanmoins l'attention car on y trouve

la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁷⁰ dont on a vu qu'elle est souvent citée par les tribunaux canadiens même si elle ne s'applique pas au Canada. De fait, il existe une très grande convergence entre les dispositions des instruments onusiens et celles de la Convention européenne en matière de liberté de religion, ainsi que dans les décisions des organes de mise en oeuvre de ces divers instruments.

A. - Les instruments onusiens

1. - La Déclaration universelle des droits de l'homme

L'article 18 de la Déclaration universelle des droits de l'homme¹⁷¹ du 10 décembre 1948, qui a servi de source d'inspiration à tous les instruments postérieurs relatifs à la protection des droits et libertés, énonce que :

«Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites»¹⁷².

¹⁷⁰ Précitée, note 168.

¹⁷¹ Précitée, note 166. Concernant la portée juridique de la Déclaration, SCHABAS et TURP, op. cit., note 64, s'expriment comme suit, à la p. 7 : «En tant que résolution de l'Assemblée générale, elle ne constitue pas techniquement une source de normes qui lient des États mais plutôt, comme dit son préambule, "l'idéal commun à atteindre". Toutefois, certains prétendent que la Déclaration est une codification de normes coutumières. L'intention des rédacteurs de la Déclaration était de compléter celle-ci par l'adoption de véritables traités relatifs aux droits et libertés, ce qui s'est réalisé par l'adoption du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et ses deux protocoles facultatifs, ainsi que le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels».

¹⁷² La disposition limitative de la Déclaration est contenue à son article 29 : «1. L'individu a des devoirs envers la communauté dans laquelle seule le libre et plein développement de sa personnalité est possible. 2. Dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique. 3. Ces droits et libertés ne pourront, en aucun cas, s'exercer contrairement aux buts et aux principes des Nations Unies». L'article 30 énonce que les droits et libertés garantis par la Déclaration ne doivent pas être utilisés de façon abusive : «Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme impliquant pour un État,

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁷³ et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels¹⁷⁴, ratifiés par le Canada en 1976 et auxquels le Québec a également donné, cette même année, en tant que province canadienne, son consentement, viennent poursuivre et compléter l'oeuvre de la Déclaration universelle des droits de l'Homme¹⁷⁵ et confèrent un caractère obligatoire aux droits et libertés qu'ils énoncent.

2. - Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁷⁶

L'article 28 du Pacte sur les droits civils et politiques institue le Comité des droits de l'Homme, un organe qui a des affinités avec un tribunal international des droits de la personne. En vertu de l'article 40 du Pacte, les États parties doivent soumettre, tous les cinq ans, des rapports à ce Comité des droits de l'Homme, dans lesquels doivent figurer les mesures qu'ils ont adoptées pour donner effet, dans leur droit interne, aux droits et libertés reconnus dans le Pacte. Les rapports périodiques sont examinés par le Comité, ce qui donne à ce dernier l'occasion de souligner l'existence de lois ou de pratiques qui ne sont pas conformes aux dispositions du Pacte. L'article 41 prévoit un deuxième mécanisme de mise en oeuvre, celui des communications interétatiques, qui ne peut être utilisé qu'à l'encontre des États parties ayant fait une déclaration d'acceptation de cette procédure (ce qui est le cas du Canada). Cependant, ce mécanisme n'a jamais été utilisé à ce jour. Enfin, le Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁷⁷ prévoit un droit de communication individuelle devant le Comité pour les particuliers relevant de la juridiction d'un État partie qui se prétendent victimes d'une violation du Pacte. À ce jour, plus de 60 communications ont été reçues par le Comité concernant le Canada et le Québec. Les décisions finales du Comité sont qualifiées de «un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés qui y sont énoncés».

¹⁷³ Précité, note 167.

¹⁷⁴ (1976) 993 R.T.N.U. 13; entré en vigueur pour le Canada le 19 août 1976; reproduit dans W.A. SCHABAS et D. TURP, op. cit., note 64, pp. 31 et suiv.

¹⁷⁵ Précitée, note 166.

¹⁷⁶ Précité, note 167.

¹⁷⁷ (1976) 999 R.T.N.U. 306; entré en vigueur pour le Canada le 19 août 1976; reproduit dans W.A. SCHABAS et D. TURP, op. cit., note 64, pp. 23 et suiv.

«constatations» (views). Elles n'ont pas de caractère formellement obligatoire, mais revêtent une autorité persuasive qui vient du fait qu'elles émanent d'un comité composé de dix-huit experts indépendants élus par la réunion des États parties au Pacte. Afin de faire pression sur les États, le Comité assure, depuis quelques années, un suivi rigoureux de ses constatations, rappelant aux États l'importance de rectifier les violations qui ont été constatées.

La pression politique considérable à laquelle sont soumis les États désignés comme auteurs d'une violation du Pacte dans les constatations du Comité est illustrée par les péripéties entourant la modification des dispositions de la Charte de la langue française¹⁷⁸ sur l'affichage commercial et les raisons sociales. On se rappellera en effet que ces dispositions avaient été déclarées inopérantes par la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt Ford¹⁷⁹ de 1988, en autant qu'elles prescrivait l'unilinguisme dans l'affichage public et les raisons sociales, comme allant à l'encontre de la liberté d'expression garantie par la Charte canadienne et par la Charte québécoise du Québec, et comme étant également incompatibles avec le droit à l'égalité garanti par cette dernière. La Cour avait considéré comme justifié le fait d'exiger la présence du français dans la publicité commerciale et les raisons sociales, mais elle avait également conclu que le fait d'exclure les autres langues constituait une restriction non justifiable des droits garantis par les deux Chartes. Pour échapper aux conséquences de ce jugement, le gouvernement du Québec, dirigé à l'époque par le parti libéral, avait fait adopter par l'Assemblée nationale, en décembre 1988, une loi contenant une double disposition de dérogation expresse, afin d'écarter l'application des deux Chartes et de restaurer la validité des dispositions en cause de la loi 101, sous une forme quelque peu modifiée¹⁸⁰. Dans des constatations déposées le 31 mars 1993¹⁸¹, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies est arrivé à la conclusion que, même telles que modifiées par la loi 178, les dispositions de la loi 101 sur l'affichage et les raisons sociales violaient encore la liberté d'expression garantie à l'article 19 du Pacte. Selon lui, la langue française pouvait être protégée par d'autres moyens qui ne violeraient pas la liberté des commerçants de s'exprimer dans la langue de leur choix.

¹⁷⁸ Charte de la langue française, L.Q. 1977, c. 5; L.R.Q., c. C-11.

¹⁷⁹ Ford c. Québec (Procureur général), [1988] 2 R.C.S. 712.

¹⁸⁰ Loi modifiant la Charte de la langue française, L.Q. 1988, c. 54 (mieux connue comme la «loi 178»).

¹⁸¹ Ballantyne, Davidson et McIntyre c. Canada (nos 359/1989 et 385/1989), Doc. N.U. A/48/40, Vol. II, p. 91; 14 Human Rights Law Journal 171.

Par contre, le Comité a été d'avis que les mêmes dispositions n'étaient contraires ni à l'article 26 du Pacte (droit à l'égalité devant la loi), parce que la règle de l'usage exclusif du français s'appliquait aussi bien aux commerçants francophones qu'anglophones, ni à son article 27 (droits des personnes appartenant à des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques), dans la mesure où cette dernière disposition protège les minorités dans les États et non «dans une province». À la suite de cette intervention du Comité des droits de l'homme, le gouvernement Bourassa a fait adopter, en juin 1993, la Loi modifiant la Charte de la langue française¹⁸² (ou «loi 86») qui institue un nouveau régime dans lequel l'affichage public et la publicité commerciale peuvent désormais être faits à la fois en français et dans une autre langue pourvu que le français y figure «de façon nettement prédominante». On constate donc que le gouvernement du Québec, qui a pris le risque politique de défier un jugement de la Cour suprême du Canada, n'a pas voulu en faire de même avec les constatations du Comité des droits de l'homme.

Les dispositions du Pacte sur les droits civils et politiques relatives à la liberté de religion, à l'interdiction de la discrimination fondée sur la religion et à la protection des minorités religieuses sont respectivement prévues aux articles 2(1), 18, 26 et 27.

a) Les articles 2(1), 18 et 26 du Pacte sur les droits civils et politiques

L'article 2(1) du Pacte énonce :

«2.1. Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation».

L'article 18 du Pacte énonce les composantes de la liberté de religion ainsi que les limites pouvant être apportées à celle-ci de façon licite :

«1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit

¹⁸²

Loi modifiant la Charte de la langue française, L.Q. 1993, c. 40 (mieux connue comme la «loi 86»).

implique la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix, ainsi que 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.

2 Nul ne subira de contrainte pouvant porter atteinte à sa liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix.

3. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui.

4. Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux, de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions»¹⁸³.

L'article 26 du Pacte sur les droits civils et politiques interdit la discrimination, notamment celle fondée sur la religion, dans les termes suivants :

«Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. À cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation».

L'article 18 du Pacte, lu en combinaison avec l'article 26, a fait l'objet d'une déclaration adoptée le 25 novembre 1981 par l'Assemblée générale des Nations Unies, la Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction¹⁸⁴. Cette déclaration n'a aucun caractère juridiquement contraignant mais peut servir

¹⁸³ La Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt R. c. Videoflicks Ltd., précité, note 90, a souligné la pertinence de l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, précité, note 167, pour interpréter l'article 2a) de la Charte canadienne. De même, dans R. c. Big M Drug Mart Ltd., précité, note 7, aux pp. 336 et 337, le juge Dickson s'est inspiré de l'article 18 pour définir la portée de la liberté de religion garantie par l'article 2a) de la Charte canadienne.

de fil conducteur pour interpréter les obligations découlant pour les États parties de l'article 18 et des articles 2(1) et 26 du Pacte. Par rapport au texte qu'elle vient expliciter, elle se caractérise par sa précision et la rigueur des exigences qu'elle pose vis-à-vis des États. En outre, à défaut de créer des normes juridiques, elles ont une portée politique et une autorité morale peu contestables¹⁸⁵.

L'article 18 du Pacte sur les droits civils et politiques a également fait l'objet d'une «observation générale» adoptée, en vertu de l'article 40(4) du Pacte, par le Comité des droits de l'Homme des Nations-Unies, observation qui compile les commentaires et recommandations du Comité relativement à cette disposition¹⁸⁶.

i) La Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction

En décembre 1962, l'Assemblée générale des Nations Unies avait prévu la préparation d'un projet de convention sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance religieuse ainsi que d'un projet de Déclaration. Malgré l'achèvement du projet de convention, l'Assemblée générale n'adopta que le Préambule et l'article 1. Par contre, le 25 novembre 1981, elle a proclamé à l'unanimité la Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction¹⁸⁷.

La Déclaration ne définit pas les concepts de «religion» ou de «conviction»; tout au plus le préambule affirme-t-il que «la religion ou la conviction constitue pour celui qui la professe un des éléments fondamentaux de sa conception de la vie». Cependant, les travaux préparatoires révèlent l'existence d'un consensus à l'effet que ces deux expressions embrassent toutes les croyances, théistes, non théistes et athéistes (et notamment le monothéisme, le polythéisme,

¹⁸⁴ Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction, Résolution 36/55 adoptée à l'unanimité par l'Assemblée générale des Nations Unies le 25 novembre 1981.

¹⁸⁵ Jean MORANGE, «La proclamation de la liberté religieuse dans les textes internationaux», dans Joël-Benoît D'ONORIO (dir.), La liberté religieuse dans le monde, Aix-en-Provence, Éditions universitaires, 1991, p. 319, aux pp. 324 et 325.

¹⁸⁶ Observation générale n° 22 (48) (art. 18), Doc. C.C.P.R./C/21/Rev. 1/add.4, 20 juillet 1993.

¹⁸⁷ Id.

l'animisme, l'athéisme, l'agnocisme et la libre pensée)¹⁸⁸.

L'article 1 de la Déclaration répète, avec quelques variations terminologiques, l'article 18 du Pacte sur les droits civils et politiques. À souligner que, tout comme ce dernier, il ne permet, dans son paragraphe 3, aucune restriction au droit d'avoir une religion ou une conviction; seules les limitations au droit de manifester sa religion ou sa conviction sont possibles, dans la mesure où elles sont «nécessaires à la protection de la sécurité publique, de l'ordre public, de la santé ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui». L'adjectif «fondamentaux» qui vient qualifier les mots libertés et droits pourrait être interprété comme indiquant une volonté de restreindre la portée de la disposition limitative : seule la protection des droits «fondamentaux» d'autrui, par opposition à ceux qui ne le sont pas, permettrait de justifier des restrictions à la liberté de manifester sa religion. Cependant, les auteurs qui se sont penchés sur la question sont d'avis que l'ajout de cet adjectif n'entraîne pas véritablement de conséquences, dans la mesure où il n'existe aucune hiérarchie des droits et libertés qui permettrait de considérer certains comme plus fondamentaux que d'autres¹⁸⁹. D'ailleurs, dans les instruments internationaux, les deux expressions «droits et libertés fondamentaux», d'une part, et «droits et libertés» sont utilisées de façon interchangeable. Par conséquent, la liberté de manifester sa religion peut être limitée, selon l'article 18 du Pacte et l'article 1(3) de la Déclaration, si cela s'avère nécessaire pour protéger les droits ou libertés d'autrui quels qu'ils soient.

L'article 2 de la Déclaration vient préciser l'interdiction de la discrimination fondée sur des

¹⁸⁸ Donna J. SULLIVAN, «Advancing the Freedom of Religion or Belief Through the UN Declaration on the Elimination of Religious Intolerance and Discrimination», (1988) 82 American Journal of International Law 487-520, 491. Voir également : Natan LERNER, «Toward a Draft Declaration Against Religious Intolerance and Discrimination», (1981) 11 Israel Yearbook on Human Rights 82; Idem, «The Final Text of the U.N. Declaration Against Intolerance and Discrimination Based on Religion or Belief», (1982) 12 Israel Yearbook on Human Rights 185; Elizabeth ODIO BENITO, Élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction, Nations Unies, New York, 1989, n° de vente F.89.XIV.3. Selon Mme Benito, la Déclaration imposerait aux États, sinon des obligations de résultat, du moins des obligations de comportement qui trouveraient leur source dans l'article 1(3) de la Charte des Nations Unies lequel énonce que le but général de l'organisation est de «réaliser la coopération internationale [...] en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous» (p. 62).

¹⁸⁹ D.J. SULLIVAN, *loc. cit.*, note 188, pp. 497 et 498; T. MERON, «On a Hierarchy of International Human Rights», (1986) 80 American Journal of International Law 1.

motifs religieux contenue dans l'article 26 du Pacte :

«1. Nul ne peut faire l'objet de discrimination de la part d'un État, d'une institution, d'un groupe ou d'un individu quelconque en raison de sa religion ou de sa conviction.

2. Aux fins de la présente Déclaration, on entend par les termes "intolérance et discrimination fondées sur la religion ou la conviction" toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondées sur la religion ou la conviction et ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou de limiter la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales sur une base d'égalité».

Comme on le constate, cette disposition vise tant la discrimination indirecte (par suite d'un effet préjudiciable) que la discrimination directe. En outre, le paragraphe 1 indique clairement que l'interdiction de la discrimination s'étend non seulement aux actes de l'État (state action), mais aussi à ceux d'institutions privées ainsi qu'aux relations entre personnes privées. Par contre, seuls les États sont tenus par l'obligation, découlant de l'article 4, de prendre «des mesures efficaces pour prévenir et éliminer toute discrimination fondée sur la religion ou la conviction». Le deuxième paragraphe de l'article 4 ajoute :

«2. Tous les États s'efforceront d'adopter des mesures législatives ou de rapporter celles qui sont en vigueur, selon le cas, à l'effet d'interdire toute discrimination de ce genre, et de prendre toutes mesures appropriées pour combattre l'intolérance fondée sur la religion ou la conviction en la matière».

L'article 5 de la Déclaration précise les droits des parents en ce qui concerne l'éducation de leurs enfants, de même que les droits de ces derniers :

«1. Les parents ou, le cas échéant, les tuteurs légaux de l'enfant ont le droit d'organiser la vie au sein de la famille conformément à leur religion ou leur conviction et en tenant compte de l'éducation morale conformément à laquelle ils estiment que l'enfant doit être élevé.

2. Tout enfant jouit du droit d'accéder, en matière de religion ou de conviction, à une éducation conforme aux vœux de ses parents ou, selon le cas, de ses tuteurs légaux, et ne peut être contraint de recevoir un enseignement relatif à une religion ou une conviction

contre les vœux des ses parents ou de ses tuteurs légaux, l'intérêt de l'enfant étant le principe directeur.

3. L'enfant doit être protégé contre toute forme de discrimination fondée sur la religion ou la conviction. Il doit être élevé dans un esprit de compréhension, de tolérance, d'amitié entre les peuples, de paix et de fraternité universelle, de respect de la liberté de religion ou de conviction d'autrui et dans la pleine conscience que son énergie et ses talents doivent être consacrés au service de ses semblables.

4. Dans le cas d'un enfant qui n'est sous la tutelle ni de ses parents ni de tuteurs légaux, les vœux exprimés par ceux-ci, ou toute autre preuve recueillie sur leurs vœux en matière de religion ou de conviction, seront dûment pris en considération, l'intérêt de l'enfant étant le principe directeur.

5. Les pratiques d'une religion ou d'une conviction dans lesquelles un enfant est élevé ne doivent porter préjudice ni à sa santé physique ou mentale ni à son développement complet, compte tenu du paragraphe 3 de l'article premier de la présente Déclaration [la clause limitative]».

Enfin, l'article 6 de la Déclaration énumère, de façon non limitative, certaines composantes de la liberté de religion :

«Conformément à l'article premier de la présente Déclaration et sous réserve des dispositions du paragraphe 3 dudit article, le droit à la liberté de pensée, de conscience, de religion ou de conviction implique, entre autres, les libertés suivantes :

- a) La liberté de pratiquer un culte et de tenir des réunions se rapportant à une religion ou à une conviction et d'établir et d'entretenir des lieux à cette fin;
- b) La liberté de fonder et d'entretenir des institutions charitables ou humanitaires appropriées;
- c) La liberté de confectionner, d'acquérir et d'utiliser, en quantité adéquate, les objets et le matériel requis par les rites ou les usages d'une religion ou d'une conviction;
- d) La liberté d'écrire, d'imprimer et de diffuser des publications sur ces sujets;
- e) La liberté d'enseigner une religion ou une conviction dans les lieux convenant à cette fin;
- f) La liberté de solliciter et de recevoir des contributions volontaires, financières et autres,

de particuliers et d'institutions;

g) La liberté de former, de nommer, d'élire ou de désigner par succession les dirigeants appropriés, conformément aux besoins et aux normes de toute religion ou conviction;

h) La liberté d'observer les jours de repos et de célébrer les fêtes et cérémonies conformément aux préceptes de sa religion ou de sa conviction;

i) La liberté d'établir et de maintenir des communications avec des individus et des communautés en matière de religion ou de conviction aux niveaux national et international».

ii) L'Observation générale no 22 (48) (article 18) du Comité des droits de l'homme des Nations Unies

Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a rendu un certain nombre d'observations générales «qui sont en fait des principes directeurs de signification et d'interprétation à donner à des articles spécifiques dans le Pacte»¹⁹⁰. Les «observations» ne sont pas rigoureusement contraignantes mais le Comité souhaite qu'elles aient une force persuasive et que les États en tiennent compte. Il arrive que les tribunaux canadiens et québécois les citent dans leurs jugements, ce qui a précisément été le cas pour l'Observation no 22 sur la liberté de religion¹⁹¹.

Dans l'Observation no 22, le Comité a notamment appelé l'attention des États parties sur les points suivants :

«1. Le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion (qui implique la liberté d'avoir des convictions) visé au paragraphe 1 de l'article 18 a une large portée; il englobe la liberté de pensée dans tous les domaines, les convictions personnelles et l'adhésion à une religion ou une croyance, manifestée individuellement ou en commun. Le Comité appelle l'attention des États parties sur le fait que la liberté de pensée et la liberté de conscience sont protégées à égalité avec la liberté de religion et de conviction. Le caractère fondamental de ces libertés est également reflété dans le fait qu'aux termes du paragraphe 2 de l'article 4 du Pacte, il ne peut être dérogé à l'article 18, même en cas de danger public

¹⁹⁰ SCHABAS, Précis du droit international des droits de la personne, op. cit., note 169, p. 66.

¹⁹¹ L'Observation no 22 a été citée par le Tribunal des droits de la personne du Québec dans l'affaire Commission des droits de la personne du Québec c. Autobus Legault, [1994] R.J.Q. 3027.

exceptionnel».

«2. L'article 18 n'est pas limité, dans son application aux religions traditionnelles ou aux religions et croyances comportant des caractéristiques ou des pratiques institutionnelles analogues à celles des religions traditionnelles. Le Comité est donc préoccupé par toute tendance à faire preuve de discrimination à l'encontre d'une religion ou d'une conviction quelconque pour quelque raison que ce soit, notamment parce qu'elle est nouvellement établie ou qu'elle représente des minorités religieuses susceptibles d'être en butte à l'hostilité d'une communauté religieuse dominante».

[...]

«4. La liberté de manifester une religion ou une conviction peut être exercée individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé. La liberté de manifester sa religion ou sa conviction par le culte, l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement englobe des actes très variés. Le concept de rite comprend les actes, rituels et cérémoniels exprimant directement une conviction, ainsi que différentes pratiques propres à ces actes, y compris la construction de lieux de culte, l'emploi de formules et d'objets rituels, la présentation de symboles et l'observation des jours de fête et des jours de repos. L'accomplissement des rites et la pratique de la religion ou de la conviction peuvent aussi comprendre non seulement des actes cérémoniels, mais aussi des coutumes telles que l'observation de prescriptions alimentaires, le port de vêtements ou de couvre-chefs distinctifs, la participation à des rites associés à certaines étapes de la vie et l'utilisation d'une langue particulière communément parlée par un groupe. En outre, la pratique et l'enseignement de la religion ou de la conviction comprennent les actes indispensables aux groupes religieux pour mener leurs activités essentielles, tels que la liberté de choisir leurs responsables religieux, leurs prêtres et leurs enseignants, celle de fonder des séminaires ou des écoles religieuses, et celle de préparer et de distribuer des textes ou des publications de caractère religieux».

«5. [...] Le paragraphe 2 de l'article 18 interdit la contrainte pouvant porter atteinte au droit d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction [...]. Les politiques ou les pratiques ayant le même but ou le même effet, telles que, par exemple, celles restreignant

l'accès à l'éducation, aux soins médicaux et à l'emploi [...] sont également incompatibles avec le paragraphe 2 de l'article 18. Les tenants de toutes les convictions de nature non religieuse bénéficient d'une protection identique».

«6. Le Comité est d'avis que le paragraphe 4 de l'article 18 permet d'enseigner des sujets tels que l'histoire générale des religions et des idées dans les établissements publics, à condition que cet enseignement soit dispensé de façon neutre et objective. La liberté des parents ou des tuteurs légaux de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions, prévue au paragraphe 4 de l'article 18, est liée à la garantie de la liberté d'enseigner une religion ou une conviction proclamée au paragraphe 1 du même article. Le Comité note que l'éducation publique incluant l'enseignement d'une religion ou d'une conviction particulière est incompatible avec le paragraphe 4 de l'article 18, à moins qu'elle ne prévoie des exemptions ou des possibilités de choix non discriminatoires correspondant aux vœux des parents ou des tuteurs [en anglais : unless provision is made for non-discriminatory exemptions or alternatives that would accommodate the wishes of parents and guardians]».

[...]

«8. Le paragraphe 3 de l'article 18 n'autorise les restrictions apportées aux manifestations de la religion ou des convictions que si lesdites restrictions sont prévues par la loi et sont nécessaires pour protéger la sécurité, l'ordre et la santé publics, ou la morale ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui. Aucune restriction ne peut être apportée à la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction en l'absence de toute contrainte ni à la liberté des parents et des tuteurs d'assurer à leurs enfants une éducation religieuse et morale. [...] Il ne peut être imposé de restrictions à des fins discriminatoires ni de façon discriminatoire. Le Comité fait observer que la conception de la morale découle de nombreuses traditions sociales, philosophiques et religieuses; en conséquence, les restrictions apportées à la liberté de manifester une religion ou une conviction pour protéger la morale doivent être fondées sur des principes qui ne procèdent pas d'une tradition unique [...]».

«9. Le fait qu'une religion est reconnue en tant que religion d'État ou qu'elle est établie en tant que religion officielle ou traditionnelle, ou que ses adeptes représentent la majorité de

la population, ne doit porter en rien atteinte à la jouissance de l'un quelconque des droits garantis par le Pacte, notamment les articles 18 et 27, ni entraîner une discrimination quelconque contre les adeptes d'autres religions ou les non-croyants [...]».

[...]

iii) Les constatations du Comité des droits de l'homme des Nations Unies dans les affaires Hartikainen et Lindgren

Dans l'affaire Hartikainen¹⁹², l'auteur de la communication prétendait que l'article 18(4) du Pacte était violé du fait que, dans les écoles publiques finlandaises, les enfants de parents athés, exemptés de l'instruction religieuse obligatoire dispensée par l'école, et qui ne recevaient pas davantage une telle instruction en dehors de l'école, étaient tenus de suivre, à l'école, un cours d'histoire des religions et de la morale. Il affirmait en outre qu'en pratique, le cours ainsi dispensé à l'école reflétait les valeurs morales et religieuses chrétiennes. Le gouvernement finlandais niait toute intention d'endoctrinement religieux, mais admettait qu'il existait certaines difficultés dans la dispensation de l'enseignement en question, raison pour laquelle le programme faisait l'objet d'une révision. En tenant compte de toutes ces circonstances, le Comité est arrivé aux conclusions suivantes :

«The Committee does not consider that the requirement of the relevant Finnish legislation that instruction in the study of the history of religions and ethics should be given instead of religious instruction to students in schools whose parents or legal guardians object to religious instruction is in itself incompatible with article 18(4), if such alternative course of instruction is given in a neutral and objective way and respects the convictions of parents and guardians who do not believe in any religion. In any event, paragraph 6 of the School System Act expressly permits any parents or guardians who do not wish their children to be given either religious instruction or instruction in the study of the history of religions and ethics to obtain exemption therefrom by arranging for them to receive comparable instruction outside of school».¹⁹³

¹⁹² Erkki Hartikainen c. Finlande, communication No 40/1978; constatations du 9 avril 1981, doc. N.U. C.C.P.R./OP/1/, P. 74 (1984); (1981) 2 Human Rights Law Journal 133; également disponible sur http://www.umn.edu/humanrts/undocs/html/40_1978.htm.

Dans l'affaire Lindgren¹⁹⁴, les auteurs de la communication, des parents suédois d'enfants fréquentant des écoles privées, invoquent l'article 26 du Pacte pour se prétendre victimes de discrimination dans la mesure où leurs municipalités de résidence avaient refusé de prendre en charge les frais d'achat de manuels scolaires et de repas à l'école pour leurs enfants, alors que les parents dont les enfants fréquentent l'école publique bénéficient d'une assistance financière pour de telles dépenses.

En arrivant à la conclusion qu'il n'y avait pas de violation du Pacte, le Comité a raisonné comme suit :

«The parents of Swedish children are free to take advantage of the public sector schooling or to choose private schooling for their children. The decision of the authors of these communications to choose private education was not imposed on them by the State party and the municipalities concerned, but reflected a free choice recognized and respected by the State party and the municipalities. Such free decision, however, entails certain consequences, notably payment of tuition, transport, textbooks and school meals. The Committee notes that a State party cannot be deemed to discriminate against parents who freely choose not to avail themselves of benefits which are generally open to all. The State party has not violated article 26 by failing to provide the same benefits to parents of children attending private schools as it provides to parents of children at public schools». ¹⁹⁵

Par conséquent, le refus de subventionner les écoles privées, alors que les écoles publiques le sont, ne constitue pas de la discrimination au sens de l'article 26 du Pacte. On notera cependant que, dans cette affaire, les parents ne prétendaient pas expressément que leur choix d'envoyer leurs enfants dans des écoles privées était motivé par leurs convictions religieuses ou philosophiques.

b) L'article 27 du Pacte sur les droits civils et politiques

¹⁹³ (1981) 2 Human Rights Law Journal 133, 134, par. 10.4.

¹⁹⁴ Lindgren c. Suède, communications Nos 298/1988 et 299/1988; constatations du 9 novembre 1990; (1991) 12 Human Rights Law Journal 24 et 25.

¹⁹⁵ Id., p. 24, par. 10.3.

L'article 27 du Pacte sur les droits civils et politiques prévoit la protection des minorités, notamment religieuses :

«Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue» (nous soulignons).

Comme l'article 18 du Pacte, l'article 27 a donné lieu à une déclaration de l'Assemblée générale des Nations Unies, la Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques¹⁹⁶, adoptée le 18 décembre 1992, et à une «observation générale» du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, adoptée le 6 avril 1994¹⁹⁷. En outre, déjà en 1979, l'article 27 avait fait l'objet d'une étude concernant sa mise en œuvre par le Professeur Capotorti, rapporteur spécial à la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités de l'Organisation des Nations-Unies¹⁹⁸.

L'article 27 ne définit pas le concept de «minorité». La définition suivante a été proposée par le Professeur Capotorti dans l'étude mentionnée :

«Un groupe numériquement inférieur au reste de la population d'un État, en position non

¹⁹⁶ Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques, résolution 47/135 adoptée à l'unanimité par l'Assemblée générale des Nations Unies le 18 décembre 1992; A/RES/47/135; reproduite (en anglais) dans (1993) 14 Human Rights Law Journal 54-56. Pour une analyse, voir notamment : Isse Omanga BOKATOLA, «La Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques», (1993) Revue générale de droit international public 745-765; Natan LERNER, «The 1992 UN Declaration on Minorities», (1993) 23 Israel Yearbook on Human Rights 111-128.

¹⁹⁷ Observation générale n° 23 (50) (art. 27), Doc. N.U. C.C.P.R./C/21/Rev.1/Add.5, 6 avril 1994; reproduite (en anglais) dans (1994) 15 Human Rights Law Journal 234-236; également disponible en français sur <http://www.umn.edu/humanrts/gencomm/french/f-HRC-comment23.htm>.

¹⁹⁸ Francesco CAPOTORTI, Étude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques, New York, Nations Unies, 1979 (Doc. E/CN.4 Sub. 2/384/Rev. 1).

dominante, dont les membres - ressortissants de l'État - possèdent du point de vue ethnique, religieux ou linguistique des caractéristiques qui diffèrent de celles du reste de la population et manifestent même de façon implicite un sentiment de solidarité, à l'effet de préserver leur culture, leurs traditions, leur religion ou leur langue»¹⁹⁹.

i) La Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques

L'apport de la Déclaration par rapport à l'article 27 du Pacte tient, selon l'auteur Bokatola, dans l'affirmation de certains droits collectifs nouveaux au profit des minorités en tant que telles (alors que l'article 27 du Pacte ne garantit que les droits des individus membres d'une minorité)²⁰⁰. Le premier est le droit à la protection de l'existence d'une part et de l'identité d'autre part, qui découle du premier paragraphe de l'article premier :

«Article premier. 1. Les États protègent l'existence et l'identité nationale ou ethnique, culturelle, religieuse et linguistique des minorités, sur leurs territoires respectifs, et favorisent l'instauration des conditions propres à promouvoir cette identité.
2. Les États adoptent les mesures législatives ou autres qui sont nécessaires pour parvenir à ces fins».

Le deuxième droit collectif nouveau est le droit pour la minorité comme telle de prendre une part effective, au niveau national et, le cas échéant, au niveau régional, aux décisions concernant le groupe ou les régions dans lesquelles elle vit :

«Article 2. 1. Les personnes appartenant à des minorités ont le droit de prendre une part effective, au niveau national et, le cas échéant, au niveau régional, aux décisions qui concernent la minorité à laquelle elles appartiennent ou les régions dans lesquelles elles vivent, selon des modalités qui ne soient pas incompatibles avec la législation nationale».

¹⁹⁹ Id., p. 102. Une définition qui n'est guère différente a été proposée par M. Jules Deschênes en sa qualité de membre de la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités de l'Organisation des Nations-Unies; voir : Jules DESCHENES, «Qu'est-ce qu'une minorité?», (1986) 27 Cahiers de droit 255. Le Secrétariat de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies a établi une compilation recensant un grand nombre de définitions proposées : E/CN. 4/1987/WG.5/WP1.

²⁰⁰ BOKATOLA, loc. cit., note 196, pp. 756-758.

Le troisième droit collectif nouveau permet aux minorités de créer et de gérer leurs propres associations :

«Article 2. 4. Les personnes appartenant à des minorités ont le droit de créer et de gérer leurs propres associations».

Ensuite, selon un autre auteur, l'article 3 de la Déclaration étend la portée des articles 18 et 27 du Pacte en utilisant le terme de «communauté» plutôt que l'expression «en commun»; selon lui, «[p]ratiquer une religion en commun signifie seulement une pluralité de pratiquants juxtaposés alors que le même culte pratiqué en communauté implique entre les croyants l'appartenance à un ensemble organisé et une certaine forme de solidarité»²⁰¹ :

«Article 3. 1. Les personnes appartenant à des minorités peuvent exercer leurs droits, notamment ceux qui sont énoncés dans la présente Déclaration, individuellement aussi bien qu'en communauté avec les autres membres de leur groupe, sans aucune discrimination.

2. Les personnes appartenant à des minorités ne doivent souffrir en aucune façon du fait qu'elles exercent ou n'exercent pas les droits énoncés dans la présente Déclaration».

La Déclaration énonce encore :

«Article 4. 1. Les États prennent, le cas échéant, des mesures pour que les personnes appartenant à des minorités puissent exercer intégralement et effectivement tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales sans aucune discrimination et dans des conditions de pleine égalité devant la loi.

2. Les États prennent des mesures pour créer des conditions propres à permettre aux personnes appartenant à des minorités d'exprimer leurs propres particularités et de développer leur culture, leur langue, leurs traditions et leurs coutumes, sauf dans le cas de pratiques spécifiques qui constituent une infraction à la législation nationale et sont contraires aux normes internationales».

²⁰¹ Jean DUFFAR, «La protection des droits des minorités religieuses» (texte dactylographié communiqué par l'auteur), p. 14.

[...]

[...]

«Article 8. 3. Les mesures prises par les États afin de garantir la jouissance effective des droits énoncés dans la présente Déclaration ne doivent pas a priori être considérées comme contraires au principe d'égalité contenu dans la Déclaration universelle des droits de l'homme».

On remarque donc que la Déclaration insiste sur la nécessité pour les États, non seulement de s'abstenir de tout acte qui nuirait aux minorités, mais également d'adopter des mesures pour permettre à celles-ci de bénéficier réellement des droits qui leur sont reconnus, ce qui peut inclure à la fois des mesures d'assistance matérielle et financière et des mesures d'accommodement ou d'adaptation, destinées à modifier les normes généralement applicables qui rentrent en conflit avec certaines prescriptions religieuses.

ii) L'Observation générale no 23 (50) (article 27) du Comité des droits de l'homme des Nations Unies

Dans l'Observation no 23²⁰², le Comité a notamment souligné les points suivants :

«1. L[...] Le Comité constate que cet article [l'article 27 du Pacte] consacre un droit qui est conféré à des individus appartenant à des groupes minoritaires et qui est distinct ou complémentaire de tous les autres droits dont ils peuvent déjà jouir, conformément au Pacte, en tant qu'individus, en commun avec toutes les autres personnes».

[...]

«4. Le Pacte établit également une distinction entre les droits consacrés à l'article 27 et les garanties énoncées au paragraphe 1 de l'article 2 et à l'article 26. La faculté consacrée au paragraphe 1 de l'article 2 de jouir des droits reconnus dans le Pacte sans discrimination aucune appartient à tous les individus se trouvant sur le territoire ou relevant de la compétence de l'État, que ceux-ci appartiennent ou non à une minorité. En outre, l'article

²⁰² Précitée, note 197.

26 consacre un droit distinct à l'égalité devant la loi et à l'égale protection de la loi et garantit une protection contre toute discrimination en ce qui concerne les droits reconnus et les obligations imposées par les États. Il régit l'exercice de tous les droits, énoncés ou non dans le Pacte, que l'État partie reconnaisse de par la loi à tous les individus se trouvant sur son territoire ou relevant de sa compétence, qu'ils appartiennent ou non aux minorités visées par l'article 27. Certains États parties qui prétendent qu'ils ne pratiquent aucune distinction de race, de langue ou de religion font valoir à tort, sur cette seule base, qu'ils n'ont aucune minorité».

«5.1. Il ressort des termes employés à l'article 27 que les personnes que l'on entend protéger appartiennent à un groupe et ont en commun une culture, une religion et/ou une langue. Il ressort également de ces termes que les individus que l'on entend protéger ne doivent pas être forcément des ressortissants de l'État partie. À cet égard, les obligations découlant du paragraphe 1 de l'article 2 sont également pertinentes, car, conformément à cet article, les États parties sont tenus de veiller à ce que tous les droits énoncés dans le Pacte puissent être exercés par tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence, à l'exception des droits qui sont expressément réservés aux citoyens, par exemple les droits politiques énoncés à l'article 25. En conséquence, les États parties ne peuvent pas réserver l'exercice des droits énoncés à l'article 27 à leurs seuls ressortissants».

«5.2. [...] De même que ces individus ne doivent pas nécessairement être des nationaux ou des ressortissants, ils ne doivent pas non plus nécessairement être des résidents permanents. Ainsi, les travailleurs migrants ou même les personnes de passage dans un État partie qui constituent pareilles minorités ont le droit de ne pas être privées de l'exercice de ces droits. [...] L'existence dans un État partie donné d'une minorité ethnique, religieuse ou linguistique ne doit pas être tributaire d'une décision de celui-ci, mais doit être établie à l'aide de critères objectifs».

[...]

«6.1. L'article 27, même s'il est formulé en termes négatifs, reconnaît l'existence d'un droit et interdit de dénier celui-ci. En conséquence, les États parties sont tenus de veiller à

ce que l'existence et l'exercice de ce droit soient protégés et à ce que ce droit ne soit ni refusé ni violé. C'est pourquoi il faut prendre des mesures positives de protection, non seulement contre les actes commis par l'État partie lui-même, par l'entremise de ses autorités législatives, judiciaire ou administratives, mais également contre les actes commis par d'autres personnes se trouvant sur le territoire de l'État partie».

«6.2. Bien que les droits consacrés à l'article 27 soient des droits individuels, leur respect dépend néanmoins de la mesure dans laquelle le groupe minoritaire maintient sa culture, sa langue ou sa religion. En conséquence, les États devront également parfois prendre des mesures positives pour protéger l'identité des minorités et les droits des membres des minorités de préserver leur culture et leur langue et de pratiquer leur religion, en commun avec les autres membres de leur groupe. À cet égard, il convient de souligner que ces mesures positives doivent être prises compte tenu des dispositions du paragraphe 1 de l'article 2 et de l'article 26 du Pacte, en ce qui concerne tant le traitement réservé aux différentes minorités que le traitement réservé aux personnes appartenant à des minorités par rapport au reste de la population. Toutefois, si ces mesures visent à remédier à une situation empêchant ou entravant l'exercice des droits garantis à l'article 27, les États peuvent légitimement établir une distinction conformément au Pacte, à condition de se fonder sur des critères raisonnables et objectifs».

[...]

«9. Le Comité conclut que l'article 27 énonce des droits dont la protection impose aux États parties des obligations spécifiques. La protection de ces droits vise à assurer la survie et le développement permanent de l'identité culturelle, religieuse et sociale des minorités concernées, contribuant ainsi à enrichir l'édifice social dans son ensemble. En conséquence, le Comité fait observer que ces droits doivent être protégés en tant que tels et ne doivent pas être confondus avec d'autres droits individuels conférés conformément au Pacte à tous et à chacun. Les États parties ont donc l'obligation de veiller à ce que l'exercice de ces droits soit pleinement garanti et ils doivent indiquer dans leurs rapports les mesures qu'ils ont adoptées à cette fin».

Comme la Déclaration adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, l'opinion du

Comité des droits de l'homme insiste sur le fait que la protection des minorités, davantage que les droits conférés à l'ensemble de la population, réclame souvent de la part de l'État des mesures positives d'assistance — une intervention active — et non pas une simple abstention qui laisse aux individus la liberté de se comporter comme ils l'entendent avec les moyens dont ils disposent. Le Comité insiste particulièrement sur le fait que la simple non-discrimination, qui est un droit reconnu à tous, ne suffit pas à remplir les obligations découlant pour les États de l'article 27 au profit des minorités. En outre, le Comité souligne que les mesures spéciales adoptées pour protéger les minorités, même si elles ne s'appliquent pas à l'ensemble de la population, ou si elles ne s'appliquent pas pareillement à toutes les minorités, ne constituent pas de la discrimination à condition que les critères de distinction utilisés soient raisonnables et objectifs. Par conséquent, une politique qui, par exemple, subventionnerait les écoles religieuses privées d'une ou de plusieurs minorités, mais qui n'en ferait pas autant pour les écoles religieuses privées de la majorité, pourrait être considérée comme une mesure de mise en oeuvre de l'article 27 et ne serait pas contraire aux articles 2(1) et 26 du Pacte. Par ailleurs, l'article 27 s'il permet ce genre de politique, l'impose-t-il également aux États parties? L'affirmation par la Déclaration et dans l'observation générale du Comité que les obligations découlant de l'article 27 sont positives autant que négatives le laisse entendre. Pourtant, comme on le verra dans le point suivant, les spécialistes sont divisés sur cette question. Enfin, on notera que, sur un point important, le Comité s'écarte nettement de la définition du concept de «minorité» proposée par le Rapporteur spécial Capotorti en 1979; alors que ce dernier considérait que seuls les ressortissants d'un État pouvaient bénéficier des droits garantis par l'article 27, le Comité estime que les États parties ne peuvent pas réserver l'exercice des droits énoncés à l'article 27 à leurs seuls ressortissants ni même à leurs seuls résidents permanents.

iii) La controverse sur la portée — négative ou positive — des obligations qui s'imposent aux États en vertu de l'article 27

Chez les spécialistes qui se sont penchés sur la question, la portée exacte des obligations qui s'imposent aux États parties en vertu de l'article 27 du Pacte international fait l'objet d'une certaine controverse entre ceux qui considèrent que cette disposition ne fait que prohiber les interventions de l'État qui empêcheraient les minorités d'avoir leur vie culturelle, de pratiquer leur religion ou d'employer leur langue, et ceux qui, au contraire, estiment que l'article 27 oblige l'État à favoriser activement ces comportements en prenant des mesures positives impliquant, par exemple, des interventions administratives et un soutien financier. L'opinion la

plus connue est sans doute celle du Professeur Capotorti dans l'étude précitée. Selon lui, l'article 27 garantit d'abord aux minorités le droit de préserver et de développer leur religion, leur langue et leur culture en mettant en œuvre leurs propres ressources, l'État se voyant donc imposer l'obligation de ne pas s'opposer aux efforts que les minorités elles-mêmes sont susceptibles de faire en ce sens. Par ailleurs, dans la même étude, le Professeur Capotorti affirme également que les États parties ont l'obligation, dans la limite de leurs ressources, de venir en aide aux minorités, en mettant à leur disposition les moyens matériels nécessaires pour la préservation et le développement de la religion, de la culture et de la langue minoritaires²⁰³.

Concernant plus particulièrement la création d'écoles confessionnelles, le Professeur Capotorti constate d'abord qu'«[i]l est communément admis que le droit de chacun de professer sa religion a pour corollaire le droit des membres des groupes religieux de créer des écoles confessionnelles et d'avoir des institutions qui forment le personnel nécessaire à l'accomplissement des pratiques de leur religion»²⁰⁴. Il examine ensuite la pratique d'un certain nombre d'États concernant l'existence ou l'absence d'un financement public, partiel ou total, des écoles confessionnelles privées, pour constater qu'il n'existe aucune homogénéité à cet égard, les solutions adoptées variant d'un extrême à l'autre, de situations où toutes les écoles religieuses privées sont subventionnées à celles où aucune ne l'est, en passant par des cas où les écoles de certaines confessions seulement reçoivent une aide publique. C'est probablement ce qui explique qu'à l'issue de cet examen, le Professeur Capotorti s'abstient de se prononcer sur l'existence d'une obligation pour les États parties de subventionner les écoles confessionnelles privées²⁰⁵.

L'opinion du Rapporteur spécial Capotorti, selon laquelle l'État est, dans certains cas, tenu de prendre des mesures positives en vertu de l'article 27 du Pacte, est partagée par le Professeur Thornberry, qui s'exprime comme suit sur cette question :

²⁰³ Op. cit., note 198, p. 105.

²⁰⁴ Id., p. 78.

²⁰⁵ Cependant, dans un autre texte, le Professeur Capotorti exprime l'opinion selon laquelle «the more a religious community lacks resources, the more the State is bound to take steps to ensure its survival» : (1976) 2 Italian Yearbook of International Law 3, 23 (cité par Patrick THORNBERRY, International Law and the Right of the Minorities, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 195, note 18).

«It is submitted that the positive view expressed by the Special Rapporteur is the correct one. This entails two consequences : (1) the State should not interfere with whatever action a minority takes on its own initiative to preserve and strengthen its culture, religion, and language — this consequence is of necessity admitted even by those who take the restrictive view; and (2) the State should, in the spirit of true equality between majority and minority take such measures as are necessary in order to assist the minority to preserve its values».²⁰⁶

Par ailleurs, le même auteur, après avoir mis en relation l'article 27 et la Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction²⁰⁷, conclut comme suit :

«It may be noted that this newer instrument [la Déclaration] does not go so far as committing States to expenditure in support of religious activities and that this throws doubt on the radical "positive" interpretation of Article 27 advocated here. [...] In the case of the Declaration and Article 27, while they do not clearly demand financing of religious activities, an obligation to provide such assistance cannot be ruled out in all circumstances»²⁰⁸.

On constate donc que même un auteur comme le Professeur Thornberry, qui est parmi ceux qui plaident le plus vigoureusement en faveur d'une interprétation de l'article 27 qui en fasse découler des obligations positives à la charge des États, ne va pas jusqu'à prétendre qu'une telle interprétation s'impose de façon nette sur le strict plan juridique.

Par ailleurs, d'autres auteurs considérés comme d'éminents spécialistes de la question, au surcroît fort sympathiques à la cause des minorités, considèrent que l'article 27 ne met à la

²⁰⁶ Patrick THORNBERRY, *id.*, note 31, pp. 186 et 187. En faveur d'une interprétation «positive» de l'article 27, voir également : Ryszard CHOLEWINSKI, «State Duty Towards Ethnic Minorities: Positive or Negative?», (1988) 10 Human Rights Quarterly 344-371.

²⁰⁷ Précitée, note 184.

²⁰⁸ THORNBERRY, *op. cit.*, note 205, p. 195. L'auteur ajoute : «Apart from finance, both Article 7 of the Declaration and the typical application of Article 27 will require modification of national legislation as may be necessary to remove obstacles to religious observance» (*ibid.*). Autrement dit, même une interprétation purement «négative» de l'article 27 exige des États parties des mesures d'accommodement raisonnable.

charge des États que des obligations, négatives, de s'abstenir d'empêcher ou d'entraver les efforts que font les minorités elles-mêmes pour préserver leur langue, leur culture ou leur religion. Ainsi, par exemple, le Professeur Dinstein :

«It further stands to reason that — as a rule — the State is not obligated to finance the operation of parochial schools. International law does not preclude a State from subsidizing these schools if it so desires, but, generally speaking, the religious minority concerned must assume the financial burden of running them. It is arguable, nevertheless, that a duty to assist a specific minority may arise for the State in exceptional situations (e.g., when the minority is inordinately indigent)»²⁰⁹.

Et l'auteur ajoute plus loin :

«When a certain religious group benefits from financial support from the State, and similar aid cannot be obtained by other religious groups, this will usually be tantamount to religious discrimination. The problem transcends a preferential treatment of an Established Church over minority groups, extending also to the grant of financial aid to one religious minority and not to others. However, in our opinion, affirmative action rooted in the merits of the case is permissible (for instance, as suggested supra, when a specific minority is inordinately indigent)»²¹⁰.

En conclusion, si l'on adopte l'interprétation proposée par les professeurs Capotorti et Thornberry, qui ne fait cependant pas consensus, l'article 27 aurait pour effet de conférer aux minorités, notamment religieuses, plus de droits que les articles 18 et 26 n'en octroient aux

²⁰⁹ Yoram DINSTEIN, «Freedom of Religion and the Protection of Religious Minorities», (1990) 20 Israel Yearbook on Human Rights 155, 170; voir également, du même auteur, «Cultural Rights», (1979) 9 Israel Yearbook on Human Rights 58, 72-73. Pour une recension systématique des auteurs qui prônent une interprétation «positive» des obligations découlant de l'article 27 et de ceux qui adoptent plutôt une interprétation «négative», voir CHOLEWINSKI, note 206, pp. 362 suiv. Voir également : Alexandre C. KISS, «La protection internationale du droit de l'enfant à l'éducation», (1973) 6 Revue des droits de l'homme/Human Rights Journal 467, 483-4 («En effet, ceux-ci [les textes internationaux] se bornent à donner aux parents le droit de choisir des écoles privées selon leurs propres convictions philosophiques et religieuses, sans obliger les États à organiser des écoles confessionnelles dont ils supporteraient, à la demande des parents, les frais. L'obligation de l'État comporte seulement une tolérance et non pas une contribution active»).

²¹⁰ DINSTEIN, «Freedom of Religion and the Protection of Religious Minorities», loc. cit., note 209, 177.

personnes qui font partie de la population en général. Alors qu'en vertu de ces deux dernières dispositions il n'existe aucun droit au subventionnement des écoles privées, il en irait différemment — en vertu de l'article 27 — pour les écoles minoritaires. Il faut reconnaître qu'il y a une certaine logique à cette façon de voir, car les minorités ont généralement davantage besoin d'assistance financière que la majorité. En outre, sur un plan logique, si l'article 27 ne conférait pas de droits autres que ceux qui découlent déjà des articles 18 et 26, il n'aurait aucun «effet utile». Comme le dit le professeur Thornberry, «[a]rticle 27 must oblige the State to provide something more than is provided by Article 18; otherwise Article 27 is redundant»; et il ajoute: «[a]ccordingly, it should be interpreted to promote the material equality of religious communities»²¹¹.

3. - Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels²¹²

Le Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels, à la différence du Pacte sur les droits civils et politiques, ne crée généralement pas, à la charge des États parties, des obligations d'application immédiate, mais leur impose un engagement d'agir, dans la mesure de leurs ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits qu'il reconnaît. Cet engagement de mise en oeuvre progressive est pris notamment à l'égard du droit à l'éducation (art. 13 et 14). Par ailleurs, un seul mécanisme de mise en oeuvre est prévu dans ce traité, celui de la présentation de rapports périodiques par les États. C'est le Conseil économique et social qui est responsable de l'examen de ces rapports et il a constitué à cette fin un Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels.

L'article 13 du Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels énonce :

«1. Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à l'éducation. Ils conviennent que l'éducation doit viser au plein épanouissement de la

²¹¹ Op. cit., note 205, p. 193. Le Professeur Dinstein, qui ne partage pas l'idée que l'article 27 oblige les États à assister financièrement les écoles religieuses minoritaires, estime également que l'article 27 doit logiquement conférer des droits autres que ceux découlant déjà des articles 18 et 26, mais pour lui cette dimension supplémentaire réside dans le caractère collectif des droits de l'article 27; voir DINSTEIN, «Freedom of Religion and the Protection of Religious Minorities», loc. cit., note 209, 167.

²¹² Précité, note 174.

personnalité humaine et du sens de sa dignité et renforcer le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ils conviennent en outre que l'éducation doit mettre toute personne en mesure de jouer un rôle utile dans une société libre, favoriser la compréhension, la tolérance et l'amitié entre toutes les nations et tous les groupes raciaux, ethniques ou religieux et encourager le développement des activités des Nations Unies pour le maintien de la paix.

2. [...]

3. Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux, de choisir pour leurs enfants des établissements autres que ceux des pouvoirs publics, mais conformes aux normes minimales qui peuvent être prescrites ou approuvées par l'État en matière d'éducation, et de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions.

4. Aucune disposition du présent article ne doit être interprétée comme portant atteinte à la liberté des individus et des personnes morales de créer et de diriger des établissements d'enseignement, sous réserve que les principes énoncés au paragraphe 1 du présent article soient observés et que l'éducation donnée dans ces établissements soit conforme aux normes minimales qui peuvent être prescrites par l'État».

Deux choses sont à souligner. L'article 13(3) et (4) du Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels reconnaît de façon explicite la liberté de créer des écoles religieuses privées, qui découle également, mais de façon implicite, des articles 18(4) et 27 du Pacte sur les droits civils et politiques. Ensuite, alors que le droit à l'éducation proclamé à l'article 13(1) est de par sa nature un droit qui n'est susceptible que d'une mise en oeuvre progressive, parce que celle-ci dépend des ressources financières de l'État, la liberté des parents de choisir pour leurs enfants des établissements autres que ceux des pouvoirs publics et la liberté, à cette fin, de créer et de diriger des écoles privées, sont des droits qui n'exigent aucune intervention des autorités publiques et qui sont donc d'application immédiate. Ils font naître à la charge des États parties une obligation de résultat et non pas, comme par exemple le droit à l'éducation, une simple obligation de moyens.

4. - La Convention relative aux droits de l'enfant

Certaines conventions onusiennes spéciales reprennent de façon plus spécifique, ou au bénéfice de certaines catégories particulières de personnes, des éléments de la liberté de religion

ou de l'interdiction de la discrimination fondée sur des motifs religieux déjà contenus dans le Pacte international sur les droits civils et politiques. On ne mentionnera ici que les articles 14 et 30 de la Convention relative aux droits de l'enfant²¹³ entrée en vigueur pour le Canada le 12 décembre 1992. Pour assurer la surveillance du respect de la Convention, un Comité des droits de l'enfant a été créé, qui a comme principale fonction d'examiner les rapports que les États doivent lui présenter tous les cinq ans. Par contre, la Convention n'institue aucun mécanisme de communication interétatique ou individuelle.

L'article 12(1) prévoit :

«12.1. Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité».

L'article 14 énonce que :

«1. Les États parties respectent le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion.

2. Les États parties respectent le droit et le devoir des parents ou, le cas échéant, des représentants légaux de l'enfant, de guider celui-ci dans l'exercice du droit susmentionné d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités.

3. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut être soumise qu'aux seules restrictions qui sont prescrites par la loi et qui sont nécessaires pour préserver la sûreté publique, l'ordre public, la santé et la moralité publiques, ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui».

L'article 29(1) énonce les objectifs que doit viser l'éducation de l'enfant et l'article 29(2) précise :

«Aucune disposition du présent article ou de l'article 28 [dans lequel les États s'engagent à

²¹³ [1992] R.T. Can. n° 3; reproduite dans SCHABAS et TURP, op. cit., note 64, pp. 81 et suiv. La Convention définit l'enfant comme tout être humain âgé de moins de 18 ans, sauf si la majorité est acquise plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable.

assurer l'accès aux différents palliers et formes d'enseignement] ne sera interprétée d'une manière qui porte atteinte à la liberté des personnes physiques ou morales de créer et de diriger des établissements d'enseignement, à condition que les principes énoncés au paragraphe 1 du présent article soient respectés et que l'éducation dispensée dans ces établissements soit conforme aux normes minimales que l'État aura prescrites».

L'article 30 reprend la substance de l'article 27 du Pacte international précédemment mentionné :

«Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques ou des personnes d'origine autochtone, un enfant autochtone ou appartenant à une de ces minorités ne peut être privé du droit d'avoir sa propre vie culturelle, de professer et de pratiquer sa propre religion ou d'employer sa propre langue en commun avec les autres membres de son groupe».

En outre, il faut souligner l'article 3 de la Convention prévoit notamment que «dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération primordiale».

Ces dispositions de la Convention relative aux droits de l'enfant permettent de souligner qu'en matière de liberté religieuse, des conflits peuvent surgir entre les droits des parents et ceux de leurs enfants. Ainsi, le droit des parents de faire assurer l'éducation de leurs enfants conformément à leurs convictions peut manifestement entrer en conflit avec la liberté de conscience et de religion de leurs enfants, consacrée à l'article 14 de la Convention relative aux droits de l'enfant, ou leur droit à l'éducation, prévu à l'article 28 de celle-ci. Par exemple, des parents pourraient s'objecter, pour des raisons philosophiques ou religieuses, à ce que leur enfant suive un cours d'éducation sexuelle dispensé à l'école, alors que l'enfant, au contraire, voudrait avoir accès à cet enseignement. Les autorités amenées à trancher le débat devront, selon l'article 3 de la Convention, prendre leur décision dans le meilleur intérêt de l'enfant et, selon son article 12(1), prendre l'opinion de celui-ci en considération si elles l'estiment suffisamment mûr. Il faut cependant reconnaître qu'une telle hypothèse semble plutôt théorique car on voit mal comment se résoudrait, dans la pratique, une confrontation juridique entre un

enfant et ses parents au sujet des choix relatifs à son éducation. D'ailleurs, il faut faire remarquer que, dans presque tous les textes que nous avons analysés, c'est aux parents qu'est reconnu le droit de faire assurer l'éducation de leurs enfants conformément à leurs convictions, les enfants eux-mêmes n'étant qu'exceptionnellement désignés comme les titulaires du droit en cause (par exemple, à l'article 5(2) de la Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction²¹⁴). Par contre, le «droit de toute personne à l'éducation», prévu à l'article 13(1) du Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels, est évidemment reconnu autant aux enfants qu'aux adultes, et dans l'article 28 de la Convention relative aux droits de l'enfant, c'est le droit de l'enfant à l'éducation qui est reconnu²¹⁵.

5. - La Convention et la Recommandation concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement

La Conférence générale de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) a adopté, lors de sa session de novembre 1960, une Convention et une Recommandation concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement. La Convention s'applique aux États qui l'ont ratifiée, ce qui n'est pas le cas du Canada. La Recommandation a été adoptée pour les États fédéraux qui estimaient ne pouvoir ratifier la Convention pour des raisons tenant à leur partage constitutionnel des compétences, ce qui était précisément le cas du Canada. La Conférence a donc élaboré deux instruments distincts, de portée juridique différente. La Convention et la Recommandation font l'objet de rapports périodiques à l'UNESCO par les États, parties ou membres selon le cas.

L'article 5(1)(b) de la Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement²¹⁶ énonce que :

²¹⁴ Précitée, note 184.

²¹⁵ Pour plus de développements sur cette question des conflits éventuels entre les droits des parents et les droits des enfants en matière d'éducation, religieuse ou autre, voir : Holly CULLEN, «Education Rights or Minority Rights?», (1993) 7 International Journal of Law and the Family 143, 160-163.

²¹⁶ Adoptée par la Conférence générale de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture, le 14 décembre 1960; entrée en vigueur le 22 mai 1962; Nations Unies, Recueil des traités, vol. 429 (1962), p. 93; reproduite dans Code des droits et libertés (Textes réunis par André Morel), 5e édition, Montréal, Éditions Thémis, 1993, pp. 355 suiv.

«1. Les États parties à la présente convention conviennent :

b) Qu'il importe de respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux :
1° de choisir pour leurs enfants des établissements autres que ceux des pouvoirs publics, mais conformes aux normes minimales qui peuvent être prescrites ou approuvées par les autorités compétentes; et 2° de faire assurer, selon les modalités d'application propres à la législation de chaque État, l'éducation religieuse et morale des enfants conformément à leurs propres convictions; qu'en outre aucune personne ni aucun groupe ne devraient être contraints de recevoir une éducation religieuse incompatible avec leurs convictions

c) Qu'il importe de reconnaître aux membres des minorités nationales le droit d'exercer des activités éducatives qui leur soient propres, y compris la gestion d'écoles et, selon la politique de chaque État en matière d'éducation, l'emploi ou l'enseignement de leur propre langue, à condition toutefois :

- i) Que ce droit ne soit pas exercé d'une manière qui empêche les membres des minorités de comprendre la culture et la langue de l'ensemble de la collectivité et de prendre part à ses activités, ou qui compromette la souveraineté nationale;
- ii) Que le niveau de l'enseignement dans ces écoles ne soit pas inférieur au niveau général prescrit ou approuvé par les autorités compétentes; et
- iii) Que la fréquentation de ces écoles soit facultative.

2. Les États parties à la présente convention s'engagent à prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer l'application des principes énoncés au paragraphe 1 du présent article».

Par ailleurs, l'article 2 de la même convention précise que :

«Lorsqu'elles sont admises par l'État, les situations suivantes ne sont pas considérées comme constituant des discriminations au sens de l'article premier de la présente convention :

a) La création ou le maintien de systèmes ou d'établissements d'enseignement séparés pour les élèves des deux sexes, lorsque ces systèmes ou établissements présentent des facilités d'accès à l'enseignement équivalentes, disposent d'un personnel enseignant possédant des qualifications de même ordre, ainsi que de locaux scolaires et d'un équipement de même qualité, et permettent de suivre les mêmes programmes d'études ou des programmes d'études équivalents.

b) La création ou le maintien, pour des motifs d'ordre religieux ou linguistique, de systèmes ou d'établissements séparés dispensant un enseignement qui correspond au choix des parents ou tuteurs légaux des élèves, si l'adhésion à ces systèmes ou la fréquentation de ces établissements demeure facultative et si l'enseignement dispensé est conforme aux normes qui peuvent avoir été prescrites ou approuvées par les autorités compétentes, en particulier pour l'enseignement du même degré;

c) La création ou le maintien d'établissements d'enseignement privés, si ces établissements ont pour objet non d'assurer l'exclusion d'un groupe quelconque mais d'ajouter aux possibilités d'enseignement qu'offrent les pouvoirs publics, si leur fonctionnement répond à cet objet et si l'enseignement dispensé est conforme aux normes qui peuvent avoir été prescrites ou approuvées par les autorités compétentes, en particulier pour l'enseignement du même degré».

Enfin, l'article 3 d) de la Convention énonce que :

«Aux fins d'éliminer et de prévenir toute discrimination au sens de la présente convention, les États qui y sont parties s'engagent à :

[...]

d) N'admettre dans l'aide éventuellement fournie, sous quelque forme que ce soit, par les autorités publiques aux établissements d'enseignement, aucune préférence ni restriction fondées uniquement sur le fait que les élèves appartiennent à un groupe déterminé».

Le Professeur Dinstein, dont l'opinion a été citée précédemment à propos de l'absence d'obligation des États de subventionner les écoles minoritaires religieuses, aux termes de

l'article 27 du Pacte sur les droits civils et politiques, arrive à la même conclusion en ce qui concerne les écoles mises sur pied par les minorités dans lesquelles la langue minoritaire est enseignée ou sert de langue véhiculaire de l'enseignement, aux termes de l'article 5(1)(c) de la Convention de l'UNESCO :

«Even though the matter is not explicitly resolved in Article 5(1)(c), it stands to reason that, as a rule, each minority must maintain its schools at its own expense. Needless to say, a State is not barred from subsidizing such schools if it wishes to. But there does not seem to be any general obligation incumbent on the State, under international law, to finance schools that preserve the minority's traditions»²¹⁷.

Quant à l'article 5(1)(b), le même auteur le commente de la façon suivante :

«The provision is primarily apposite when parents belonging to a religious minority send their child to a State school, either in the absence of a suitable parochial school or for reasons of convenience (for instance, because the academic standards at the State School are superior to those at the parochial school). If religious instruction is part of the curriculum of the State school — and if it is in conformity with the tenets of an Established Church but inconsistent with the convictions of minorities — parents affiliated with a minority are entitled to insist on their child being excused from attendance without adverse effects»²¹⁸.

La Recommandation concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement contient, dans son point II, des dispositions semblables à l'article 2 de la Convention, dans son point III d) des dispositions semblables à l'article 3 d) de celle-ci et dans son point V b) et c) des dispositions semblables à l'article 5 b) et c), à cette différence près que les États parties à la Convention «conviennent» de ce qui est prévu dans celle-ci, alors que la Recommandation se contente de prévoir que les États membres de l'UNESCO, non parties à la Convention (ce qui est le cas du Canada), «devraient prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer l'application des principes énoncés».

²¹⁷ DINSTEIN, «Cultural Rights», *loc. cit.*, note 209, 72.

²¹⁸ DINSTEIN, «Freedom of Religion and the Protection of Religious Minorities», *loc. cit.*, note 209, 174.

6. - Synthèse des instruments onusiens (en ce qui concerne la liberté des parents de faire assurer l'éducation religieuse ou morale de leurs enfants conformément à leurs convictions)

Il faut distinguer les droits des parents dans le cadre de l'enseignement privé (I) — puis dans celui de l'enseignement public (II).

I. L'enseignement privé

Le droit des parents s'exprime d'abord par la liberté d'envoyer leurs enfants dans une école privée, ce qui suppose le droit de créer et de diriger de telles écoles (A), mais l'État n'est pas tenu de subventionner les écoles privées (B), sauf peut-être dans le cas où elles appartiennent à une minorité (C).

A. La liberté de créer des écoles privées et d'y envoyer ses enfants

Cette liberté, implicite dans les articles 18 et 27 du Pacte sur les droits civils et politiques, est explicitement reconnue par les articles 13(4) du Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels et 29(2) de la Convention relative aux droits de l'enfant. Il suffit que les personnes physiques et morales observent les principes posés par ces instruments et que l'éducation dispensée soit conforme aux normes minimales que l'État aura prescrites.

B. L'État n'est pas tenu de subventionner les écoles privées

Le refus de l'État de subventionner les écoles privées, notamment les écoles privées religieuses, alors que les écoles publiques le sont, ne constitue pas de la discrimination au sens des articles 2(1) ou 26 du Pacte sur les droits civils et politiques (affaire Lindgren devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies).

Par contre, les États qui le désirent ont le droit de subventionner les écoles privées, à condition de le faire de façon non discriminatoire. Cela signifie notamment qu'ils doivent éviter de distinguer a priori entre les religions traditionnelles et celles qui sont nouvellement établies. De même, le fait que les adeptes d'une religion représentent la majorité de la population, ne

justifie pas une discrimination contre les adeptes d'autres religions ou les non-croyants. Par ailleurs, les distinctions fondées sur des critères raisonnables et objectifs ne sont pas discriminatoires.

C. Selon certaines interprétations de l'article 27 du Pacte sur les droits civils et politiques, l'État serait tenu de subventionner les écoles privées minoritaires

Selon une interprétation retenue par certains auteurs, qui ne fait cependant pas consensus, l'article 27 du Pacte sur les droits civils et politiques aurait pour effet de conférer aux membres des minorités, notamment religieuses, plus de droits que les articles 18 et 26 n'en octroient aux personnes qui font partie de la population en général. Alors qu'en vertu de ces deux dernières dispositions il n'existe aucun droit au subventionnement des écoles privées, tel serait cependant le cas — en vertu de l'article 27 — pour les écoles minoritaires. Cela serait d'autant plus le cas que les minorités en cause sont nécessiteuses.

Les mesures spéciales adoptées pour protéger les minorités, même si elles ne s'appliquent pas à l'ensemble de la population, ou si elles ne s'appliquent pas pareillement à toutes les minorités, ne constituent pas de la discrimination à condition qu'elles se justifient par la nécessité d'aider les minorités et que les critères de distinction utilisés soient raisonnables et objectifs.

II. L'enseignement public

Il faut distinguer l'enseignement «culturel» et pluraliste des religions (A) de l'enseignement confessionnel d'une religion en particulier (B).

A. L'enseignement culturel et pluraliste des religions

L'enseignement, à l'école publique, de sujets tels que l'histoire générale des religions et des idées est possible, à condition qu'il soit dispensé de façon neutre et objective (Observation générale no 22 du Comité des droits de l'homme des Nations Unies). En outre, il semble préférable de prévoir également une possibilité de dispense, pour des raisons de conviction, à l'égard de cet enseignement (affaire Hartikainen devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies).

B. L'enseignement confessionnel d'une religion

L'éducation publique incluant l'enseignement d'une religion ou d'une conviction particulière est incompatible avec l'article 18(4) du Pacte sur les droits civils et politiques (et les autres dispositions équivalentes), à moins qu'elle ne prévoie des exemptions ou des possibilités de choix non discriminatoires correspondant aux vœux des parents ou des tuteurs (Observation générale no 22 du Comité des droits de l'homme des Nations Unies et affaire Hartikainen).

Le fait d'offrir l'alternative entre un enseignement confessionnel et un cours d'histoire des religions et de morale semble conforme aux instruments onusiens, si l'enseignement de l'histoire des religions est donné de façon neutre et objective (il semble préférable de prévoir également, pour des raisons de conviction, une possibilité de dispense à l'égard de ce dernier enseignement).

Bien que la question ne soit pas traitée directement par les instruments onusiens, la confessionnalité globale de l'enseignement public semble devoir être a fortiori contraire à ces derniers, à moins peut-être qu'il ne soit prévu, là encore, des exemptions ou des possibilités de choix non discriminatoires correspondant aux vœux des parents ou des tuteurs (par exemple, un choix entre des écoles publiques confessionnelles et non-confessionnelles ou encore l'existence, à côté des écoles publiques confessionnelles, d'écoles privées confessionnelles subventionnées à égalité avec les écoles publiques).

Une interprétation radicale du principe de non-discrimination supposerait que, si l'État organise un enseignement confessionnel d'une religion en particulier à l'école publique, il doive en faire autant pour toutes les religions dont les adeptes, présents en nombre suffisant dans une école, le demandent. Cependant, les normes onusiennes ne paraissent pas devoir être interprétées de façon aussi exigeante. Bien que cela ne soit pas entièrement clair, il semble que l'existence d'une possibilité de dispense à l'égard de l'enseignement confessionnel ou l'alternative entre celui-ci et un enseignement culturel ou moral neutre et objectif suffise à assurer la conformité avec les instruments onusiens, surtout si l'enseignement alternatif est lui-même susceptible de dispense. L'existence d'écoles religieuses privées subventionnées en tout ou en partie pourrait également être considérée comme atténuant l'obligation de l'État de

respecter l'égalité religieuse à l'école publique. Ce relativisme tient au fait que les instruments onusiens lient un très grand nombre d'États qui connaissent, dans ce domaine, des régimes juridiques ou pratiques extrêmement divers et qu'il faut donc chercher à leur donner un sens compatible avec le plus grand nombre possible de situations. Une interprétation trop exigeante ou trop radicale, comme on peut en trouver dans certains droits internes, n'aurait comme seul résultat que de mettre un grand nombre d'États en contradiction avec leurs obligations.

On verra que ces conclusions convergent très largement avec celles qui peuvent être tirées de la jurisprudence des organes de mise en oeuvre de la Convention européenne des droits de l'homme. Avant d'examiner celle-ci, il faut encore mentionner les instruments existant dans le cadre régional américain, dont certains lient directement le Canada.

B. - Les instruments du cadre régional américain

1. - La Déclaration américaine des droits et devoirs de l'Homme

La Déclaration américaine des droits et devoirs de l'Homme²¹⁹ a été adoptée dans le cadre du système régional de protection des droits de l'homme de l'Organisation des États américains (O.É.A). Ressemblant à bien des égards à la Déclaration universelle des droits de l'Homme²²⁰, elle a cependant été adoptée six mois avant celle-ci. En vertu d'amendements apportés à la Charte de l'Organisation des États américains, la Déclaration, qui n'avait auparavant qu'une valeur de simple recommandation, est désormais contraignante sur le plan juridique pour tous les États membres de l'organisation (le Canada est membre de l'O.É.A. depuis le 8 janvier 1990). Un mécanisme de requête individuelle a été créé auprès de la Commission interaméricaine des droits de l'Homme pour mettre en oeuvre la Déclaration. Tout individu sur le territoire d'un État membre peut formuler une requête à la Commission, après avoir épuisé les voies de recours internes. La Commission prend des «décisions» (quant à la recevabilité) et des «rapports» (sur le fond).

L'article 2 de la Déclaration garantit le droit à l'égalité devant la loi :

²¹⁹ Doc. O.É.A./Ser.L/V/II.23, doc.21, rev.6; reproduite dans W.A. SCHABAS et D. TURP, op. cit., note 64, pp. 123 et suiv.

²²⁰ Précitée, note 166.

«Toutes les personnes, sans distinction de race, de sexe, de langue, de religion ou autre, sont égales devant la loi et ont les droits et les devoirs consacrés dans cette déclaration».

L'article 3 de la Déclaration consacre le droit à la liberté de religion et de culture :

«Toute personne a le droit de professer librement une croyance religieuse, de la manifester et de la pratiquer en public ou en privé».

2) La Convention américaine relative aux droits de l'Homme

La Convention américaine relative aux droits de l'Homme²²¹, inspirée de la Convention européenne des droits de l'Homme²²² et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques²²³, a été adoptée en 1969 et est entrée en vigueur en 1978. Elle institue divers mécanismes de contrôle, sur lesquels nous n'insisterons pas puisque le Canada n'est pas partie à cet instrument. En dépit de ce fait, les tribunaux canadiens et québécois ont fait appel à quelques reprises à cette Convention aux fins d'interpréter les Chartes canadienne et québécoise.

Le premier paragraphe de l'article premier de la Convention énonce :

«1. Les États s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente Convention et à en garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence, sans aucune distinction fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la situation économique, la naissance ou toute autre condition sociale».

La Convention consacre son article 12 à la garantie de la liberté de conscience et de religion :

²²¹ S.T.O.É.A. NO 36, (1979) 1144 R.T.N.U. 123; reproduite dans W.A. SCHABAS et D. TURP, op. cit., note 64, pp. 129 et suiv.

²²² Précitée, note 168.

²²³ Précité, note 167.

«1. Toute personne a droit à la liberté de conscience et de religion. Ce droit implique la liberté de garder sa religion ou ses croyances, ou de changer de religion ou de croyances, ainsi que la liberté de professer et de répandre sa foi ou ses croyances, individuellement ou collectivement, en public ou en privé.

2. Nul ne peut être l'objet de mesures de contrainte de nature à restreindre sa liberté de garder sa religion ou ses croyances, ou de changer de religion ou de croyances.

3. La liberté de manifester sa religion ou ses croyances ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, sont nécessaires à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la sauvegarde des droits et libertés d'autrui.

4. Les parents, et le cas échéant, les tuteurs, ont le droit à ce que leurs enfants ou pupilles reçoivent l'éducation religieuse et morale conforme à leurs propres convictions».

L'article 24 garantit l'égalité devant la loi :

«Toutes les personnes sont égales devant la loi. Par conséquent, elles ont toutes droit à une protection égale de la loi, sans discrimination d'aucune sorte».

C. - La Convention européenne des droits de l'Homme et son premier Protocole additionnel

Entrée en vigueur en 1953, la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, mieux connue comme la Convention européenne des droits de l'homme²²⁴ (ci-dessous la CEDH), est mise en oeuvre par la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme à Strasbourg. La Convention a été complétée par onze protocoles additionnels. Bien que le Canada ne soit pas partie à la Convention et à ses protocoles, les décisions de la Commission européenne et les arrêts de la Cour européenne sont très souvent citées par les tribunaux canadiens et québécois, ce qui s'explique notamment par l'influence que la Convention européenne a exercé sur les rédacteurs des chartes canadienne et québécoise, celle-ci plus encore que celle-là²²⁵.

²²⁴ Précitée, note 168.

²²⁵ Voir : William A. SCHABAS, «Le droit européen des droits de la personne dans la jurisprudence canadienne et québécoise», dans Europe et Amériques - Perspectives convergentes et divergentes sur le droit international, Actes du colloque commun de la Société québécoise de droit international et de la Société française pour le droit

L'article 9 de la CEDH garantit la liberté de pensée, de conscience et de religion :

«1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de 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 rites.

2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui».

L'article 14 de la CEDH, qui a manifestement inspiré l'économie de l'article 10 de la Charte québécoise, interdit la discrimination :

«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».

Enfin, l'article 2 du premier Protocole additionnel²²⁶ à la CEDH énonce :

«Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'État, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques».

international, Montréal et Québec, 6 au 9 octobre 1992, pp. 46 suiv.; Guillaume CLICHE, «L'utilisation de la Convention européenne des droits de l'Homme pour l'interprétation de la Charte canadienne», (1993) 7 R.J.E.U.L. 93; José WOEHLING, «Le rôle du droit comparé dans la jurisprudence des droits de la personne», dans La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé (sous la direction de A. de Mestral et autres), Cowansville, Éditions Y. Blais, 1986, pp. 449-513.

²²⁶ (1955) 213 R.T.N.U. 262, S.T.E. no 9; reproduit dans W.A. SCHABAS et D. TURP, op. cit., note 64, pp. 159 et suiv.

Comme pour les instruments onusiens précédemment, nous nous contenterons d'analyser la jurisprudence des organes d'application de la CEDH (décisions de la Commission et arrêts de la Cour) relativement au droit des parents d'assurer l'éducation et l'enseignement de leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques. Ainsi qu'on l'a mentionné, il existe de façon générale une convergence certaine dans l'interprétation des dispositions de la CEDH et celles du Pacte international relatif aux droits civils et politiques²²⁷ et autres instruments onusiens²²⁸.

1. - La nature des convictions protégées

Pour être des «convictions philosophiques» au titre de l'article 2 du Premier protocole, les vues invoquées doivent présenter un certain degré de force, sérieux, cohérence et importance, méritant respect dans une société démocratique, non incompatible avec la dignité de la personne et n'allant pas à l'encontre du droit de l'enfant à l'instruction. Dans l'affaire des châtiments corporels dans les écoles publiques d'Écosse²²⁹, l'une des requérantes se plaignait de

²²⁷ Précité, note 167.

²²⁸ Sur la liberté de religion garantie par la Convention européenne, on pourra notamment consulter les études suivantes : Jean-François FLAUSS, «Les sources internationales du droit français des religions (2)», Les Petites Affiches, 10 août 1992, N° 96, 9; *Idem*, «Les sources supralégislatives de l'enseignement religieux», dans Les statuts de l'enseignement religieux (sous la direction de Francis Messner et Jean-Marie Woehrling), Paris, Dalloz-Cerf, 1996, pp. 17-34; Raymond GOY, «La garantie européenne de la liberté de religion : L'article 9 de la Convention de Rome», (1991) Revue du droit public et de la science politique 5; Jean DUFFAR, «La liberté religieuse dans les textes internationaux», (1994) Revue du Droit Public 939-967; Louis-Edmond PETTITI, «La Convention européenne des droits de l'homme et la liberté religieuse» dans Droit, liberté et foi (Actes du cycle de conférences proposé par le cardinal J.-M. Lustiger avec le concours de l'ordre des avocats au Barreau de Paris), Paris, Mame-Cujas, 1993, pp. 55-77; Francis G. JACOBS & Robin C.A. WHITE, The European Convention on Human Rights, 2e éd., Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 211-221, 260-268; P. VAN DIJK & G.J.H. VAN HOOFF, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 2e éd., Deventer, Kluwer, 1990, pp. 397-407 et 467-477; Luzius WILDHABER, «Kommentierung des Artikels 2 ZP» dans International Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1995; Gérard COHEN-JONATHAN, La Convention européenne des droits de l'homme, Paris, Economica, 1989, pp. 481-499; Gérard GONZALES, La Convention européenne des droits de l'Homme et la liberté des religions, Paris, Economica, 1997.

²²⁹ Campbell et Cosans c. Royaume-Uni, arrêt du 25 février 1982, série A, no 48.

l'existence de tels châtiments dans l'école fréquentée par son fils. Ce dernier n'avait jamais subi de telles peines, mais les autorités académiques refusaient de donner à Mme Campbell l'assurance que son fils ne serait jamais soumis à un châtiment corporel. Le fils de l'autre requérante, Jeffrey Cosans, devait subir un châtiment corporel pour manque à la discipline scolaire; ayant refusé de s'y soumettre sur les conseils de son père, il fut exclu de l'école. La Cour européenne conclut que l'opposition aux châtiments corporels constitue une «conviction philosophique» que l'État doit respecter :

«Les opinions des requérantes ont trait à un aspect grave et important de la vie et de la conduite de l'homme : l'intégrité de la personne, la légitimité ou l'illégitimité d'infliger des punitions corporelles et l'exclusion de l'angoisse que suscite le risque de pareil traitement. Elles répondent à chacun des divers critères énumérés plus haut»²³⁰.

2. - Les obligations des États face à l'enseignement privé

La Convention garantit le droit des parents de choisir entre l'école publique et l'école privée. Elle garantit le droit de créer et de gérer des écoles privées, mais n'oblige pas les États à subventionner celles-ci. Cependant, si l'État décide de subventionner les écoles privées, il doit le faire de façon non discriminatoire, les distinctions fondées sur un critère objectif et raisonnable n'étant pas discriminatoires.

L'article 2 du premier Protocole garantit le droit d'ouvrir et de gérer une école privée, ce droit étant sujet cependant à une réglementation par l'État assurant notamment la qualité de l'enseignement²³¹.

En autorisant la création d'une école privée, les États s'acquittent de leur obligation au regard de l'article 2 du premier Protocole; le refus d'une subvention, même sous forme d'une prestation sociale scolaire destinée à l'élève et non à l'école, n'est pas contraire à cette disposition²³².

²³⁰ Id., par. 36.

²³¹ Jordebo c. Suède, décision de la Commission du 6 mars 1987; requête 11533/85.

²³² W. et K.L. c. Suède, décision de la Commission du 11 décembre 1985; requête 10476/83.

S'il est clair que l'article 2 du premier Protocole additionnel ne crée par une obligation de subventionner un type précis d'enseignement, l'article 14 exigerait que les pouvoirs publics ne fassent pas de discrimination lorsqu'ils accordent des subventions²³³.

L'État n'est pas tenu de créer ou de subventionner un établissement d'enseignement conforme à des convictions religieuses ou philosophiques déterminées²³⁴.

Selon la jurisprudence européenne actuelle, il n'est pas clair si l'article 2 du premier protocole donne le droit d'éduquer ses enfants à domicile. Sans dire que l'article 2 du premier Protocole donne le droit d'éduquer ses enfants à domicile, la Commission affirme que dans les cas où cela est permis par la législation étatique, l'État peut imposer aux parents un contrôle des connaissances des enfants qu'ils instruisent à domicile²³⁵.

3. - Les obligations des États dans le cadre de l'enseignement public

a) L'application de l'article 2 du premier Protocole à l'enseignement public

Dans les affaires d'éducation sexuelle au Danemark, où les requérants prétendaient que l'éducation sexuelle obligatoire à l'école publique était contraire à leurs convictions de parents chrétiens, le gouvernement défendeur soutenait que l'article 2 du Premier protocole était respecté à partir du moment où l'État autorisait les parents à recourir à des établissements privés fortement subventionnés par l'État, voire à assurer leur éducation à la maison. Dans son arrêt du 7 décembre 1976²³⁶, la Cour européenne, tout en notant l'importance de cet élément, estime qu'il n'est pas suffisant et affirme que les obligations découlant de cette disposition concernent au premier chef l'enseignement public :

«La seconde phrase de l'article 2 vise en somme à sauvegarder la possibilité d'un pluralisme éducatif, essentielle à la préservation de la "société démocratique" telle que le conçoit la Convention. En raison du poids de l'État moderne, c'est surtout par l'enseignement public que doit se réaliser ce dessein»²³⁷.

²³³ X. c. Royaume Uni, décision de la Commission du 2 mai 1978; requête 7782/77.

²³⁴ X. et Y. c. Royaume Uni, décision de la Commission du 7 décembre 1982, requête 9461/81.

²³⁵ Famille H. c. Royaume-Uni, décision de la Commission du 6 mars 1984; requête 10233/83.

²³⁶ Kjeldsen, Busk, Madsen et Pedersen c. Danemark, série A, no 23.

b) Les aspects de l'enseignement public visés

C'est dans l'ensemble du programme de l'enseignement public, même dans des écoles maternelles à caractère facultatif, que l'État doit respecter les convictions religieuses et philosophiques des parents. Cependant, l'article 2 du Protocole permet aux États d'intégrer dans le programme scolaire des informations ou connaissances ayant, comme l'éducation sexuelle, directement ou non, un caractère religieux ou philosophique, sans que les parents puissent s'y opposer :

«Il paraît en effet très difficile que nombre de disciplines enseignées à l'école n'aient pas, de près ou de loin, une coloration ou incidence de caractère philosophique. Il en va de même du caractère religieux si l'on tient compte de l'existence de religions formant un ensemble dogmatique et moral très vaste qui a ou peut avoir des réponses à toute question d'ordre philosophique, cosmologique ou éthique»²³⁸.

Dans l'affaire Campbell et Cosans²³⁹, la Cour a considéré que le système de discipline relève bien de la deuxième phrase de l'article 2 du Protocole. Si cette disposition vise le contenu du programme scolaire et la manière dont il est enseigné, elle ne se limite pas à cela. L'emploi dans le texte du terme «éducation», joint à celui d'«enseignement», confirme que la mission de l'État est plus large; l'éducation est la somme des procédés par lesquels les adultes tentent d'inculquer leurs croyances, coutumes et autres valeurs aux plus jeunes alors que l'enseignement ou l'instruction vise la transmission des connaissances et la formation intellectuelle. Les mesures disciplinaires font partie de l'éducation des enfants. La Cour rejette l'argument du gouvernement défendeur selon lequel sa politique d'abandon graduel des punitions corporelles suffirait à assurer le respect des convictions philosophiques et parvient ainsi à la conclusion que les deux requérantes ont subi une violation de leurs droits garantis à l'article 2 du Protocole²⁴⁰.

²³⁷ Id., par. 50.

²³⁸ Id., par. 53.

²³⁹ Précitée, note 229.

²⁴⁰ Id., par. 33.

c) La nature des obligations de l'État

Les obligations découlant de l'article 2 du Protocole impliquent que l'État, en s'acquittant des fonctions assumées par lui en matière d'éducation et d'enseignement, veille à ce que les informations ou connaissances figurant au programme soient diffusées de manière objective, critique et pluraliste. Elle lui interdit de poursuivre un but d'endoctrinement qui ne respecterait pas les convictions religieuses et philosophiques des parents²⁴¹. S'agissant de l'éducation sexuelle, la Cour reconnaît qu'elle est susceptible de blesser les convictions religieuses des personnes et que la clause de respect de ces convictions est applicable. Dès lors, le problème se résume à vérifier si l'éducation sexuelle en cause constitue une tentative d'endoctrinement visant à préconiser un comportement sexuel déterminé. La Cour constate que ce n'est pas le cas, le programme danois tendant principalement à mieux informer les élèves pour leur permettre le moment venu «de s'assumer et montrer des égards pour autrui dans ce domaine». La Cour admet que des abus peuvent certes se produire dans la manière dont les textes en vigueur seront appliqués. Elle souligne qu'il incombe aux autorités compétentes de veiller avec le plus grand soin à ce que la façon dont telle école ou tel maître applique les instructions ne vienne pas heurter les convictions religieuses et philosophiques des parents par imprudence, manque de discernement ou prosélytisme intempestif²⁴². Mais comme elle n'est pas saisie de pareil problème en l'espèce, elle décide, par six voix contre une, que l'article 2 du premier Protocole n'a pas été violé.

Si les États doivent respecter les convictions religieuses et philosophiques des parents dans l'enseignement tel qu'il existe et se développe, l'article 2 du Protocole n'exige pas, par contre, que l'État organise l'enseignement conformément à une certaine conviction religieuse ou philosophique des parents, par exemple en organisant un enseignement religieux à l'école publique. La condition négative du pluralisme est l'abstention de tout endoctrinement qui pourrait blesser les convictions religieuses ou philosophiques des parents. Les États n'ont pas l'obligation de créer des écoles publiques spéciales pour certaines convictions religieuses, ni de

²⁴¹ Arrêt Kjeldsen, Busk, Madsen et Pedersen, précité, note 236, par. 53. Dans Angelini c. Suède, décision du 3 décembre 1986; requête 10491/83, la Commission européenne a reconnu que l'article 9 de la Convention, qui garantit la liberté de pensée, de conscience et de religion, assure également la protection contre l'endoctrinement religieux ou philosophique par l'État dans l'instruction publique (ainsi que dans toute autre activité dont l'État assume la responsabilité).

²⁴² Arrêt Kjeldsen, Busk, Madsen et Pedersen, précité, note 236, par. 54.

les financer ou de les subventionner.

Cependant, en vertu de l'article 14 de la CEDH, si l'État décide d'organiser un enseignement conforme à une certaine conviction religieuse ou philosophique, il doit le faire de façon non discriminatoire. La discrimination consiste à faire des distinctions sans raisons objectives et justifiables dans des situations qui sont similaires.

d) Le régime des dispenses

Dans ce domaine, les réponses de la jurisprudence des organes de Strasbourg demeurent incomplètes et clairessemées. Il faut tenir compte à la fois de la nature de l'enseignement à l'égard duquel la dispense est réclamée et de la nature des motifs qui fondent la demande de dispense.

En ce qui concerne les cours de religion proprement dits, c'est-à-dire les enseignements dogmatiques qui répandent des doctrines, le droit à dispense existe indubitablement, dans le cadre des établissements publics, pour des motifs religieux autant que philosophiques²⁴³.

Inversement, le droit à la dispense n'existe pas à l'égard d'enseignements qui, comme l'éducation sexuelle, répandent de simples connaissances non religieuses même si celles-ci ont, de près ou de loin, une coloration ou incidence de caractère religieux ou philosophique. Rappelons cependant que ces enseignements doivent être objectifs, critiques et pluralistes et ne pas constituer une tentative d'endoctrinement²⁴⁴.

Les problèmes les plus difficiles, relativement au droit à la dispense, ont été soulevés par les enseignements de connaissance religieuse axés sur le christianisme et les enseignements de morale non confessionnelle.

Dans l'affaire Angelini²⁴⁵, les requérantes, athées, demandent à être dispensées d'enseignement religieux à l'école publique. Selon la loi suédoise, la dispense n'est accordée qu'en faveur des enfants élevés dans une autre croyance que celle de l'Église suédoise et en

²⁴³ Id., par. 56 (par implication).

²⁴⁴ Ibid.

²⁴⁵ Précitée, note 241.

faveur desquels une instruction religieuse satisfaisante a été organisée en dehors de l'école; les requérantes ne rentrent pas dans cette catégorie. Selon la Commission, les griefs soulevés par les requérantes peuvent être réputés concerner, d'une part, l'organisation de l'instruction religieuse en Suède et, d'autre part, la protection contre l'endoctrinement religieux. Le premier aspect doit être examiné au regard de l'article 2 du Protocole additionnel mais, en raison d'une réserve émise par la Suède, l'article 2 ne s'applique pas en l'espèce et la Commission ne peut pas examiner ce grief spécifique. Par contre, le second aspect peut être examiné au regard de l'article 9 qui protège contre l'endoctrinement religieux par l'État, qu'il s'agisse de l'instruction scolaire ou de toute autre activité dont l'État assume la responsabilité. S'agissant du contenu de l'instruction religieuse, le Gouvernement a fait valoir que l'enseignement de cette matière vise à être un enseignement sur les religions et non pas dans une religion donnée. Les requérantes contestent toutefois la neutralité de l'instruction religieuse qui, selon elles, ne porterait que sur le christianisme. D'après la Commission, le fait que l'instruction religieuse soit axée sur le christianisme dans le premier cycle scolaire n'équivaut pas à un endoctrinement religieux contraire à l'article 9 de la Convention. Cette partie de la décision semble surprenante, car il est difficile de prétendre qu'un enseignement de connaissance religieuse axé uniquement sur le christianisme soit suffisamment «objectif, critique et pluraliste», pour reprendre les termes utilisés par la Cour européenne dans l'arrêt Kjeldsen²⁴⁶. En l'espèce, la solution de la Commission s'explique peut-être par le fait que, d'après la preuve, la Commission a constaté qu'en pratique les requérantes avaient bel et bien bénéficié d'une exemption, sans qu'il soit possible d'établir la portée exacte de celle-ci. Par conséquent, elles ne pouvaient prétendre avoir été victimes d'endoctrinement. Or, il faut rappeler que la Commission européenne, en vertu de la Convention, ne peut pas examiner de façon abstraite ou théorique la conformité des dispositions incriminées par rapport à la Convention; elle doit limiter son examen à la situation des requérants et se contenter de vérifier si, dans leur cas concret, il y a eu violation de la Convention. Par ailleurs, rappelons qu'à cause de la réserve suédoise, l'article 2 du Protocole ne s'appliquait pas. Tout cela fait dire au Professeur Flauss, un spécialiste de la question, qu'il n'est pas certain que la décision réponde encore entièrement à l'évolution jurisprudentielle contemporaine²⁴⁷.

Par ailleurs, les requérantes avaient également invoqué l'article 14 de la CEDH en

²⁴⁶ Précité, note 236.

²⁴⁷ FLAUSS, «Les sources supralégislatives de l'enseignement religieux», note 228, p. 31.

combinaison avec l'article 9, le traitement discriminatoire allégué étant la différence qui existe entre le traitement des athés, qui ne peuvent pas être dispensés de l'instruction religieuse, et celui des membres des confessions religieuses, qui peuvent en être dispensés à condition qu'une instruction religieuse satisfaisante ait été organisée pour eux en dehors de l'école. Selon le gouvernement suédois, une telle distinction était justifiée, l'objectif étant de fournir à tous les enfants une connaissance suffisante des faits religieux; or l'instruction religieuse organisée par les diverses confessions en dehors de l'école publique comprend également, à côté de l'aspect proprement dogmatique, l'enseignement de faits analogues à ceux que les écoles de l'État enseignent en matière religieuse. La Commission estime qu'un tel objectif — dispenser la connaissance des faits religieux — est légitime au regard de la Convention; la différence de traitement examinée a dès lors une justification objective et raisonnable qui interdit de la considérer comme discriminatoire.

Dans l'affaire Bernard c. Luxembourg²⁴⁸, les dispositions luxembourgeoises incriminées prévoyaient que l'enseignement secondaire comporte un cours d'instruction religieuse et morale et un cours de formation morale et sociale. L'élève majeur ou la personne investie du droit d'éducation doit choisir entre les deux. Pourront être dispensés des deux cours en question les élèves qui se réclament d'une croyance religieuse dont les adhérents n'assurent pas de cours d'instruction religieuse et morale dans le cadre des horaires scolaires. Antérieurement, une dispense complète de l'un et de l'autre cours était prévue pour ceux qui se réclamaient d'une conviction philosophique autant que pour ceux invoquant une conviction religieuse, mais au vu de l'augmentation du nombre des abstentionnistes, la disposition a été modifiée. Désormais, seule une croyance religieuse, c'est-à-dire une conviction basée sur la foi, peut justifier une dispense, mais non une pensée philosophique basée sur la raison. Le gouvernement défendeur décrit le cours de formation morale comme destiné à sensibiliser les élèves aux problèmes qui se posent dans le monde moderne; dans ce but, ils seront amenés à réfléchir aux notions d'égalité et de liberté en se basant notamment sur la Déclaration des Droits de l'Homme. Pour le gouvernement, ces éléments suffisent à démontrer que le cours de formation morale et sociale vise à fournir aux élèves des informations sur les diverses religions et philosophies morales et ne se rattache à aucune école ou opinion philosophique déterminée. Par conséquent, le Gouvernement défendeur estime difficile d'établir une quelconque violation de la liberté de pensée et de conscience ainsi que des convictions philosophiques des requérants.

²⁴⁸ Bernard c. Luxembourg, décision de la Commission du 8 septembre 1993; requête 17187/90.

En ce qui concerne les libertés de pensée, de conscience et de religion garanties par l'article 9 de la CEDH, la Commission estime que l'obligation pour les enfants des requérants de suivre un cours de formation morale et sociale ne constitue pas une ingérence dans l'exercice de la liberté de pensée ou de conscience. Elle note par ailleurs que les requérants ne soutiennent pas qu'en participant à ces cours, leurs enfants feraient l'objet d'un endoctrinement religieux ou autre. Quant à l'obligation de l'État de respecter les droits des parents, tels que prévus à l'article 2 du Protocole additionnel, la Commission note que les requérants ne soutiennent pas non plus que l'enseignement, tel qu'il est dispensé, heurte leurs convictions philosophiques. Par conséquent, le simple fait de devoir suivre un enseignement de formation morale et sociale ne suffit pas à constituer une violation de la Convention. Pour démontrer une violation, ou justifier leur exigence d'une dispense, il faudrait que les requérants démontrent que l'enseignement tel qu'il se donne constitue un endoctrinement religieux ou philosophique.

En ce qui concerne la plainte de discrimination entre convictions religieuses et convictions philosophiques, la Commission note que la nouvelle législation introduit effectivement une différence de traitement entre ceux qui se réclament d'une croyance religieuse et ceux qui invoquent des convictions philosophiques ne constituant pas des croyances religieuses. Pareille différence de traitement ne serait cependant discriminatoire qu'en l'absence de «justification objective et raisonnable», en d'autres termes si elle ne poursuivait pas un «but légitime» et s'il n'y avait pas de «rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé». Le but visé par le législateur en 1988 était de réduire le nombre d'élèves abstentionnistes en vue de fournir à tous les jeunes une instruction morale; ce but peut être considéré comme légitime dans la mesure où l'obligation qui est faite aux élèves de choisir entre le cours d'instruction religieuse et morale, d'une part, et le cours de formation morale et sociale, d'autre part, permet de transmettre aux jeunes des règles de vie nécessaires à la sauvegarde d'une société démocratique. Il y a donc lieu de rechercher si la deuxième condition se trouve elle aussi remplie. La Commission estime que la possibilité de dispense des deux cours offerte à la catégorie d'élèves qui se réclament d'une croyance religieuse s'inscrit dans l'obligation qui est faite aux États de respecter les convictions religieuses et philosophiques. Par contre, la Commission ne voit pas dans quelle mesure les convictions philosophiques des requérants pourraient être méconnues par le choix du législateur d'imposer à leurs enfants l'obligation de participer aux cours de formation morale et sociale (mais ne pourrait-on pas dire la même chose pour les élèves qui se réclament d'une croyance religieuse, si le cours de morale sociale est

vraiment pluraliste?). La Commission conclut dès lors à l'existence d'un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

L'impression générale qui se dégage de ces décisions est que la Commission, sans évidemment l'avouer, semble se méfier des demandes de dispense formulées pour des raisons de convictions non religieuses, lorsqu'elles le sont à l'égard d'un cours de morale obligatoire ou d'un cours de connaissances religieuses, fut-il axé uniquement sur le christianisme. Peut-être les soupçonne-t-elle d'être motivées réellement par des raisons de commodité... Par contre, les élèves se réclamant d'une religion auraient un droit acquis à la dispense.

e) Le droit à la non-discrimination en matière d'enseignement confessionnel à l'école publique

Les décisions des organes de Strasbourg renseignent très peu sur la question suivante : si l'État désire organiser un enseignement confessionnel à l'école publique, ce que la Convention ne lui interdit pas, dans quelle mesure le principe de non-discrimination donne-t-il aux adeptes d'autres confessions le droit de réclamer une égalité de traitement? Bien que la situation ne soit absolument pas claire, il semble, comme pour les normes onusiennes, que l'existence d'une possibilité de dispense à l'égard de l'enseignement confessionnel ou l'alternative entre celui-ci et un enseignement culturel ou moral neutre et objectif suffise pour respecter le principe de non discrimination, surtout s'il existe à proximité suffisante de l'école publique une école privée subventionnée, en tout ou en partie, qui offre l'enseignement confessionnel désiré. Ainsi, par exemple, dans l'arrêt Keldjsen²⁴⁹, la Cour souligne avec une certaine insistance que l'État danois réserve une importante ressource aux parents qui, au nom de leur foi ou de leurs opinions, désirent soustraire leurs enfants à l'éducation sexuelle dispensée dans les écoles publiques : il les laisse libres de les confier à des écoles privées astreintes à des obligations moins strictes et fortement subventionnées²⁵⁰.

Pour terminer, nous citons la conclusion de l'étude consacrée par le Professeur Flauss à la question de la compatibilité des divers systèmes d'enseignement religieux avec les normes internationales, européennes en particulier :

²⁴⁹ Précité, note 236.

²⁵⁰ Id., par. 54.

«Les incompatibilités susceptibles d’être dénoncées concernent presque exclusivement des hypothèses ou des situations dans lesquelles il a été dérogé au principe de la neutralité de l’école publique et/ou d’égalité (ou de non-discrimination) entre élèves. En d’autres termes, un respect étroit, mais néanmoins scrupuleux, des impératifs constitutionnels [français] et internationaux pourrait être assuré, non par un recul du principe de neutralité confessionnelle, mais à l’inverse par sa généralisation [...]»²⁵¹.

²⁵¹ FLAUSS, «Les sources supralégislatives de l’enseignement religieux», note 228, p. 34. Dans le contexte canadien, deux auteurs qui ont analysé la jurisprudence de la Cour d’appel de l’Ontario dans les affaires Zylberberg, précitée, note 78, Elgin, précitée, note 79, Adler, précitée, note 156, Bal, précitée, note 154, et Islamic Federation, précitée, note 47, arrivent à la même conclusion; voir Greg M. DICKINSON et W. Rod DOLMAGE, «Education, Religion and the Courts in Ontario», (1996) 21 Canadian Journal of Education 363, 381.

Troisième Partie: Les droits des parents en matière d'éducation religieuse en vertu de la Charte des droits et liberté de la personne du Québec

Comme nous l'avons déjà souligné, les dispositions de la Charte québécoise sur la liberté de conscience et de religion (art. 3) et sur l'interdiction de la discrimination fondée sur la religion (art. 10) ne présentent guère de différences significatives avec les dispositions correspondantes de la Charte canadienne (art. 2a) et 15), si bien qu'il est généralement permis de transposer aux dispositions québécoises les interprétations données par la jurisprudence aux dispositions canadiennes. Il est cependant un domaine, l'enseignement religieux à l'école publique, dans lequel la Charte québécoise présente une différence importante avec la Charte canadienne. En effet, l'article 41 de la Charte québécoise reconnaît le droit des parents d'exiger pour leurs enfants, dans les écoles publiques, «un enseignement religieux ou moral conforme à leurs convictions, dans le cadre des programmes prévus par la loi». Or non seulement la Charte canadienne ne confère-t-elle aucun droit similaire, mais, au contraire, nous avons vu que les tribunaux ont jugé qu'elle interdit dans les écoles publiques tout enseignement confessionnel qui serait donné selon des modalités discriminatoires ou entraînant une atteinte à la liberté de conscience ou de religion, cette dernière condition étant interprétée de façon très stricte. Quant au droit international, nous avons constaté que, s'il comporte de nombreuses dispositions conventionnelles reconnaissant le droit des parents d'assurer l'éducation de leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques, y compris à l'école publique, ces normes sont interprétées comme imposant uniquement aux États une obligation négative, d'une part de laisser aux parents la liberté d'envoyer leurs enfants dans une école privée, d'autre part, de respecter, à l'école publique, le «pluralisme éducatif» en s'abstenant de toute tentative d'endoctrinement. Par contre, les instruments internationaux ne confèrent aucunement aux parents le droit de réclamer que l'État organise un enseignement public conforme à leurs convictions.

Si l'article 41 de la Charte québécoise devait être interprété comme conférant aux parents le droit d'obtenir, pour leurs enfants, dans les écoles publiques, un enseignement religieux non conforme aux exigences de la Charte canadienne, il faudrait inévitablement conclure qu'il est inconstitutionnel et qu'il doit, en conséquence, être déclaré inopérant ou reformulé par les tribunaux de façon à rétablir sa conformité avec la Charte canadienne. Il faut donc plutôt, pour éviter une telle conséquence, essayer d'interpréter l'article 41 de façon à maintenir sa

constitutionnalité²⁵².

L'article 41 n'étant pas visé par la clause de primauté de la Charte québécoise (art. 52), il n'a pas d'autorité contraignante à l'égard du législateur québécois et ne pourrait donc pas servir à réclamer de celui-ci qu'il adopte des dispositions prévoyant une forme particulière d'enseignement religieux ou moral à l'école publique. Si le législateur québécois adopte de telles dispositions, ce qui est le cas actuellement, notamment avec la Loi sur l'instruction publique²⁵³, il ne peut être considéré comme y étant tenu en vertu de la Charte québécoise et le conflit existe donc non pas entre celle-ci et la Charte canadienne, mais entre cette dernière et la Loi sur l'instruction publique²⁵⁴. Si la loi ne prévoyait aucun enseignement religieux à l'école publique, il ne semble pas que l'article 41 pourrait permettre de réclamer un tel enseignement des autorités scolaires puisque, précisément, le droit n'est garanti que «dans le cadre des programmes prévus par la loi». Néanmoins, l'article 41 devra être pris en considération dans l'interprétation des autres dispositions de la Charte québécoise ainsi que des autres lois québécoises.

I. - Le problème de la juridicité des dispositions consacrant les droits économiques et sociaux dans la Charte québécoise

Dans un article récent, Me Pierre Bosset analyse le problème de la juridicité des dispositions de la Charte québécoise consacrant les droits économiques et sociaux, parmi lesquelles figurent notamment les articles 40, 41, 42 et 43 de la Charte²⁵⁵.

«40. Toute personne a droit, dans la mesure et suivant les normes prévues par la loi, à l'instruction publique gratuite».

²⁵² Entre deux ou plusieurs interprétations possibles d'un texte, il faut préférer celle qui permet d'en affirmer la validité à celle qui le rendrait invalide; voir : Pierre-André CÔTÉ, Interprétation des lois, Cowansville, Yvon Blais, 1982, pp. 318 et 319.

²⁵³ Précité, note 135.

²⁵⁴ Id.

²⁵⁵ Pierre BOSSET, «Les droits économiques et sociaux : parents pauvres de la Charte québécoise?», (1996) 75 Revue du Barreau Canadien 583-603.

«41. Les parents ou les personnes qui en tiennent lieu ont le droit d'exiger que, dans les établissements d'enseignement publics, leurs enfants reçoivent un enseignement religieux ou moral conforme à leurs convictions, dans le cadre des programmes prévus par la loi».

«42. Les parents ou les personnes qui en tiennent lieu ont le droit de choisir pour leurs enfants des établissements d'enseignement privés, pourvu que ces établissements se conforment aux normes prescrites ou approuvées en vertu de la loi».

«43. Les personnes appartenant à des minorités ethniques ont le droit de maintenir et de faire progresser leur propre vie culturelle avec les autres membres de leur groupe».

Me Bosset montre que si, dans la genèse de la Charte québécoise, l'inclusion des droits économiques et sociaux a paru, dès le départ, aller de soi, les promoteurs du projet étaient cependant conscients du caractère relatif de ces droits et se montraient hésitants à leur reconnaître un caractère juridiquement contraignant. Ni le ministre de la Justice, parrain du projet, ni les porte-paroles de l'opposition, durant les débats en chambre et en commission parlementaire, ne semblaient s'illusionner sur la force contraignante des dispositions relatives aux droits économiques et sociaux²⁵⁶.

Dans le texte définitif de la Charte, les droits économiques et sociaux sont soumis à des limites tant internes qu'externes dont l'existence explique qu'on puisse à juste titre douter de leur véritable juridicité ou caractère contraignant. D'une part, le chapitre IV dans lequel ils sont inscrits est soustrait dans son entier à la prépondérance que l'article 52 accorde aux autres droits et libertés²⁵⁷. Cela signifie que les droits économiques et sociaux ne bénéficient d'aucune primauté sur les autres lois québécoises, antérieures ou postérieures; ils ne sont pas «opposables» au législateur québécois. D'autre part, six des dix articles de ce chapitre contiennent une limitation interne dans la mesure où ils renvoient à la législation pour leur mise en oeuvre (c'est notamment le cas de l'article 41, qui permet aux parents d'exiger que, dans les établissements d'enseignement publics, leurs enfants reçoivent un enseignement religieux ou moral conforme à leurs convictions, «dans le cadre des programmes prévus par la loi»).

Par conséquent, à cause de l'absence de suprématie de cette disposition sur les lois

²⁵⁶ *Id.*, 587-8.

²⁵⁷ Voir note 61.

québécoises, l'article 41 ne peut pas être invoqué pour obliger le législateur à prévoir un enseignement religieux ou moral d'une forme particulière à l'école publique ou pour contester la validité des lois scolaires parce qu'elle ne prévoiraient pas un tel enseignement. Il ne peut pas davantage, selon nous, être invoqué pour obliger les autorités scolaires à organiser pareil enseignement, si la loi est silencieuse à cet égard, précisément parce que les droits garantis à l'article 41 ne le sont que «dans le cadre des programmes prévus par la loi»; dans la mesure où la loi ne prévoit rien, les droits ne sont donc pas exigibles d'une autorité infralégislative.

Me Bosset, qui a recensé l'ensemble des décisions jurisprudentielles relatives aux dispositions du chapitre IV de la Charte québécoise, en conclut que si les tribunaux ont fait preuve d'une certaine bienveillance à l'égard des dispositions créant des obligations dans les rapports privés (sur ce plan, les droits économiques et sociaux peuvent évidemment être sanctionnés malgré le fait que le chapitre IV ne bénéficie d'aucune prépondérance sur les autres lois), ils se sont par contre montrés méfiants à l'endroit de celles dont la mise en oeuvre suppose des obligations positives pour l'État (seule cette hypothèse nous intéresse ici)²⁵⁸.

En fait, le caractère juridiquement contraignant des droits économiques et sociaux, à l'égard de l'État, semble se limiter aux cas où un tel droit est restreint de façon discriminatoire. En effet, si l'atteinte à un droit économique ou social est discriminatoire, et si la distinction est fondée sur l'un des motifs de discrimination prohibés à l'article 10, celui-ci pourra être invoqué avec succès. Autrement dit, une loi violant les droits économiques et sociaux pourra être contestée, mais uniquement si la violation est discriminatoire, ce qui sera le cas le plus souvent car lorsque l'État accorde ou refuse des bénéfices économiques ou sociaux, c'est pratiquement toujours en établissant des distinctions entre différentes catégories de personnes.

Ainsi, dans une décision du Tribunal des droits de la personne du Québec, ce dernier décrit ainsi l'interaction qui existe entre le droit à l'égalité et le droit à l'instruction gratuite (art. 40) :

«[S]i la Charte permet que l'exercice du droit à l'instruction publique gratuite soit affecté de différentes restrictions législatives [...], elle interdit cependant les limitations qui, dans l'aménagement de ce droit, produisent un effet discriminatoire au regard de l'un des motifs énumérés à l'article 10. [...] Si l'article 40 ne peut, lorsque pris isolément,

²⁵⁸ Loc. cit., note 255, 590 suiv.

bénéficier de l'effet de la règle de prépondérance énoncée à l'article 52, il peut en quelque sorte le faire de façon indirecte lorsque le recours dans lequel il est invoqué à titre principal met également en cause le droit à l'égalité, lequel profite de la protection de la clause de prépondérance».²⁵⁹

Ainsi, dans notre cas, si on ne peut recourir à l'article 41 pour forcer l'État à aménager une modalité particulière d'enseignement religieux ou moral dans les établissements d'enseignement public, on peut, par contre, combiner les articles 10 et 41 pour contester tout aménagement de ce genre qui serait discriminatoire au regard de l'un des motifs énumérés à l'article 10, notamment celui de la religion.

En l'absence de discrimination, les tribunaux ont donc, jusqu'à maintenant, refusé de faire découler des droits économiques et sociaux des obligations positives à la charge de l'État²⁶⁰. Ils n'y voient généralement que des énoncés de principes, sans effets directs sur la législation. Par contre, ils acceptent d'utiliser les dispositions garantissant ces droits pour interpréter la législation «ordinaire», comme le leur demande l'article 53 de la Charte :

«Si un doute surgit dans l'interprétation d'une disposition de la loi, il est tranché dans le sens indiqué par la Charte».

L'arrêt Gosselin²⁶¹, qui porte sur l'article 45 (droit à l'assistance financière), est représentatif de l'attitude adoptée par les tribunaux à l'égard des droits économiques et sociaux et l'on pourrait probablement appliquer à l'article 41 les affirmations suivantes faites à propos de l'article 45 :

«L'article 45 doit se lire comme l'énoncé d'une politique dont la mise en vigueur se vérifie

²⁵⁹ Commission des droits de la personne c. Commission scolaire de St-Jean-sur-Richelieu, [1991] R.J.Q. 3003, 3037 (T.D.P.); cité par BOSSET, loc. cit., note 255, 592-3.

²⁶⁰ Dans le cas de l'article 42 (droit de choisir des établissements d'enseignement privés), les tribunaux, si on tentait de leur faire dire que cet article oblige l'État à subventionner les écoles privées, devraient tenir compte du fait que le rédacteur de la Charte a choisi de ne pas y consacrer le droit au financement de l'enseignement privé, malgré des pressions en ce sens en commission parlementaire; voir Journal des débats, commissions parlementaires, 22 janvier 1975 à la p. B-330; cité par BOSSET, loc. cit., note 255, p. 592, note 49.

²⁶¹ Gosselin c. Procureur général du Québec, [1992] R.J.Q. 1447 (C.S.).

dans la législation pertinente. L'article 45 n'autorise pas les tribunaux à réviser la suffisance ou l'adéquation des mesures sociales que le législateur, dans sa discrétion politique, a choisi d'adopter».²⁶²

Ajoutons qu'en plus d'influencer l'interprétation de la législation ordinaire, les dispositions relatives aux droits économiques et sociaux peuvent — et doivent — servir à interpréter les autres dispositions de la Charte, un instrument législatif, constitutionnel ou «quasi constitutionnel» devant évidemment s'interpréter comme un tout.

Me Bosset conclut cette partie de son étude en constatant que la non-juridicité des droits économiques et sociaux est «[t]enue pour un dogme non seulement dans la jurisprudence, mais aussi dans la doctrine»²⁶³. Ajoutons qu'il déplore personnellement cette situation et qu'il considère que la question mérite une analyse plus nuancée. Néanmoins, c'est la situation en droit positif qui nous intéresse ici.

Cependant cette non-juridicité n'est pas entière. Comme on l'a vu, les dispositions sur les droits économiques et sociaux peuvent influencer l'interprétation de la législation ordinaire ainsi que celle des autres dispositions de la Charte et, si elles se combinent avec l'article 10, acquérir une autorité supérieure aux autres lois qui permet de contester la validité de celles qui auraient des effets discriminatoires en matière de droits économiques et sociaux.

II. - L'interprétation de l'article 41 au regard de la Charte canadienne des droits et libertés et des normes du droit international des droits de la personne

Si l'on compare l'article 41 de la Charte québécoise aux dispositions internationales équivalentes (art. 18(4) du Pacte sur les droits civils et politiques; article 2 du Protocole additionnel à la Convention européenne, etc), deux différences dans la rédaction apparaissent d'emblée, dont une n'a pas d'effet significatif mais dont l'autre entraîne des conséquences importantes.

La première différence est que, contrairement aux instruments internationaux, l'article 41

²⁶² *Id.*, 1667; cité par BOSSET, *loc. cit.*, note 255, 594.

²⁶³ BOSSET, *loc. cit.*, note 255, 594.

mentionne expressément que les droits des parents ou des tuteurs s'exercent dans le cadre des établissements publics d'enseignement. Cette différence n'entraîne cependant aucune conséquence significative car, comme nous l'avons vu en étudiant les instruments internationaux, ceux-ci ont été interprétés comme visant autant les écoles publiques que privées. Ils mettent donc à la charge des États l'obligation de respecter les droits des parents dans le cadre du fonctionnement de l'enseignement public. Autrement dit, la seule différence réelle est que la mention des écoles publiques est expresse dans l'article 41 et implicite dans les dispositions équivalentes des instruments internationaux.

La deuxième différence, plus lourde de conséquences, tient à ce que les instruments internationaux confèrent aux parents et tuteurs le droit «de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions» (art. 18(4) du Pacte sur les droits civils et politiques) ou imposent à «[l']État, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement [de respecter] le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques» (art. 2 du premier Protocole additionnel à la Convention européenne), alors que l'article 41 de la Charte québécoise reconnaît aux parents et tuteurs «le droit d'exiger que, dans les établissements d'enseignement publics, leurs enfants reçoivent un enseignement religieux ou moral conforme à leurs convictions, dans le cadre des programmes prévus par la loi». Alors que les instruments internationaux s'expriment d'une manière qui peut signifier pour l'État des obligations autant positives que négatives, et qu'ils ont été effectivement interprétés comme n'imposant que des obligations négatives (ne pas endoctriner, ne pas discriminer, ne pas empêcher les parents de choisir l'école privée, etc), l'article 41 est rédigé de façon à imposer une obligation positive, celle d'organiser, dans les écoles publiques, un enseignement religieux ou moral conforme aux convictions des parents. Ajoutons cependant qu'en plus de cette obligation positive, l'article 41 impose également la même obligation négative que les instruments internationaux de ne pas endoctriner (et de ne pas discriminer), ce qui signifie qu'on peut en faire découler un droit à la dispense à l'égard de l'enseignement confessionnel et de l'enseignement moral laïque (dans ce dernier cas, au moins pour des raisons de conviction religieuse et, peut-être, pour des raisons de conviction philosophique)²⁶⁴.

²⁶⁴ Sur le droit à la dispense de l'enseignement confessionnel qui découle de l'article 41, voir : Commission des droits de la personne du Québec, Liberté de religion et confessionnalité scolaire, Montréal le 7 décembre 1979, broché, 21 pages, aux pp. 15 et 16 : «Tout comme la liberté de religion et la liberté de conscience, le droit qui est consacré ici par la Charte [Droit de recevoir un enseignement religieux conforme à ses convictions], existait avant

Il convient de voir à présent s'il est possible de donner à l'article 41 une portée positive qui ne le mette pas en contradiction avec la Charte canadienne (les normes du droit international étant moins sévères que celles tirées de la Charte canadienne par la jurisprudence, une interprétation conforme à celle-ci le sera forcément aussi à celles-là). Par ailleurs, il faut interpréter l'article 41 en conjonction avec les autres dispositions de la Charte québécoise, principalement les articles 3 (liberté de conscience et liberté de religion) et 10 (interdiction de la discrimination), de même qu'il faut interpréter ces autres dispositions en conjonction avec l'article 41.

De ce point de vue, on peut sans doute considérer qu'un régime prévoyant un enseignement confessionnel à l'école publique, s'il est contraire à la liberté de conscience et de religion garantie à l'article 2a) de la Charte canadienne, ne l'est probablement pas dans la même mesure à la liberté de conscience et de religion garantie à l'article 3 de la Charte québécoise, précisément parce qu'il faut tenir compte de l'article 41 qui donne le droit de recevoir, à l'école publique, un enseignement religieux ou moral. Cependant, si tout en étant conforme à la Charte québécoise, un tel régime est incompatible avec la Charte canadienne, il doit évidemment être considéré comme inconstitutionnel. Plus encore, si l'article 41 est interprété comme autorisant un régime interdit par la Charte canadienne, il devra lui-même être considéré comme inconstitutionnel.

Par ailleurs, un régime, comme celui qui découle actuellement de la Loi sur l'instruction publique²⁶⁵, dans lequel l'enseignement religieux n'existe pas sur un pied d'égalité pour toutes

l'adoption de celle-ci et a toujours été considéré comme fondamental [note infrapaginale 18 : Chabot vs. [sic] Les Commissaires d'école de la Morandière, 1957 B.R. 507. Voir aussi un commentaire de cet arrêt par le professeur F.R. Scott, 1958 Can. Bar Rev. 248]. Son contenu exact, sans avoir été expressément défini, s'infère du contexte de la jurisprudence dans laquelle il a été invoqué. Ainsi il a été utilisé pour affirmer le droit des parents de voir leurs enfants dispensés de l'enseignement religieux et des exercices de pastorale, effectués dans une école, en raison de leur dissension par rapport à la confessionnalité de cette école [note infrapaginale 19 : Arrêt Chabot, ibid.]. Ce droit fondamental des parents, dans le contexte d'une municipalité scolaire ne possédant qu'une école commune catholique, a été jugé reconnu par l'application d'une telle dispense. L'on considérerait donc que ce droit correspondait à celui de recevoir ou de ne pas recevoir un enseignement religieux spécifique, à une période donnée du programme d'enseignement».

²⁶⁵ Précité, note 135.

les confessions suffisamment représentées à l'école, semble devoir être considéré comme non conforme à l'article 41 lu en combinaison avec l'article 10 de la Charte québécoise. À moins qu'on ne puisse considérer que le législateur avait l'intention, avec l'article 41, d'écarter l'application de l'article 10. Dans un tel sens, certains pourraient être tentés d'interpréter le membre de phrase «dans le cadre des programmes prévus par la loi», à l'article 41, comme visant uniquement les programmes prévus au moment de l'adoption de la Charte québécoise en 1975, c'est-à-dire les programmes d'enseignement religieux catholique et protestant. Dès lors, les droits contenus dans cette disposition ne seraient conférés qu'aux catholiques et aux protestants. Une telle interprétation, qui assurerait la conformité à l'article 41 de l'actuelle Loi sur l'instruction publique²⁶⁶, ne correspond cependant pas à ce que l'on sait des intentions du parrain de la Charte québécoise, le ministre de la Justice²⁶⁷. En outre, elle rendrait l'article 41 clairement discriminatoire et, par conséquent, incompatible avec les dispositions de la Charte canadienne et du droit international. Comme une telle interprétation n'est pas imposée par le texte de l'article 41, il vaut donc mieux considérer que cette disposition, en combinaison avec l'article 10, confère des droits égaux aux membres de toutes les confessions suffisamment représentées dans une école. Cependant, dans ce cas, l'actuel régime de l'enseignement confessionnel à l'école publique est discriminatoire. Comme on l'a vu précédemment, dans la mesure où l'article 10 de la Charte, contrairement à l'article 41, bénéficie de la primauté sur les autres lois québécoises, le caractère discriminatoire des dispositions de la Loi sur l'instruction publique²⁶⁸ relatives à l'enseignement confessionnel pourra donc être invoqué pour les faire déclarer inopérantes comme incompatibles avec la Charte québécoise (tout comme avec la Charte canadienne évidemment).

Soulignons également que, si l'article 41 donne le droit aux parents de demander un enseignement confessionnel à l'école publique, il n'exige manifestement pas, par contre, que

²⁶⁶ Id.

²⁶⁷ Voir Journal des débats, commissions parlementaires, 22 janvier 1975 à la p. B-337 (le Ministre de la Justice, M. Jérôme Choquette, à propos de l'article 39 du projet, devenu par la suite l'article 41) : «Tout ce que nous avons introduit comme notion, c'est de donner un certain droit à la dissidence et ceci, dans le cadre des programmes prévus par la loi. C'est-à-dire que si, par exemple, on avait des enfants juifs en un nombre assez important dans une école qui serait protestante, les parents pourraient, évidemment, sous réserve que le cadre des programmes le prévoie, demander qu'il y ait un enseignement pour ces enfants. On a élargi... On n'a rien enlevé des droits existants. On a laissé les deux systèmes scolaires exister dans leur forme actuelle [...]».

²⁶⁸ Précité, note 135.

celle-ci soit confessionnelle²⁶⁹ et il ne donne aux parents aucun droit de demander l'organisation de prières ou d'exercices religieux à l'école publique.

Comme nous l'avons vu précédemment, un enseignement religieux de type culturel, destiné à donner aux élèves, de façon impartiale et critique, une connaissance objective du phénomène religieux, est constitutionnellement possible à l'école publique. Cependant, une telle modalité ne constituerait très probablement pas un «enseignement religieux ou moral conforme aux convictions des parents» au sens de l'article 41 de la Charte québécoise.

En outre, bien que la chose n'est pas été clairement décidée, un enseignement moral laïque dispensé à l'école publique serait sans doute également acceptable. Pour augmenter les chances de faire considérer un tel enseignement comme conforme à la Charte canadienne par les tribunaux, il faudrait prévoir une possibilité de dispense, au moins pour des motifs de conviction religieuse, et peut-être également pour des motifs de conviction philosophique. Là encore, cependant, les parents ne bénéficieraient pas du choix entre l'«enseignement religieux ou moral» prévu à l'article 41.

S'il faut donc interpréter l'article 41 comme donnant le droit au choix entre un enseignement confessionnel et un enseignement moral à l'école publique, il existe, comme nous

²⁶⁹ On peut faire, à propos de la confessionnalité des écoles publiques, la même remarque qu'à propos du financement des écoles privées (voir note 258); malgré des pressions en ce sens en commission parlementaire, le rédacteur de la Charte a choisi de ne pas consacrer un droit à des écoles confessionnelles; voir Journal des débats, commissions parlementaires, 22 janvier 1975 à la p. B-330 et 331.

Dans son mémoire intitulé Liberté de religion et confessionnalité scolaire, op. cit., note 264, la Commission des droits de la personne du Québec s'exprime comme suit à propos de l'article 41 : «on n'y précise pas le cadre à l'intérieur duquel cet enseignement religieux doit être dispensé et l'on n'y stipule rien quant à la confessionnalité de l'institution elle-même (p. 16); [...] cela ne concerne pas la confessionnalité de l'institution elle-même (p. 17). Sur ce point, voir aussi Patrice GARANT, Droit scolaire, Cowansville, Éditions Y. Blais, 1992, 91 suiv., à la p. 96 : «Nous n'affirmons pas que l'article 41 crée expressément le droit d'exiger la création d'écoles publiques confessionnelles, mais il ne l'exclut pas. Et si le législateur croit que la bonne façon de satisfaire à l'article 41 "conformément aux convictions des parents" c'est de favoriser la mise sur pied d'écoles publiques confessionnelles, il est difficile de prétendre que ce choix est en soi contraire à la Charte». Nous ne partageons pas la deuxième affirmation de l'auteur; la confessionnalité des écoles publiques, du moins tant qu'il n'y a pas d'écoles confessionnelles pour toutes les religions qui en voudraient, ainsi que des écoles laïques, est contraire à la liberté de religion et à l'interdiction de la discrimination.

l'avons vu, trois modèles d'enseignement confessionnel plus ou moins susceptibles d'être considérés comme respectant les conditions qui découlent de la Charte canadienne (savoir qu'un tel enseignement ne doit pas entraîner une coercition à l'égard des non-croyants et ne pas être discriminatoire)²⁷⁰.

Dans le premier modèle (released time program), durant la journée scolaire, une plage horaire est réservée pour que les enfants puissent recevoir de l'enseignement religieux confessionnel, dans les locaux scolaires, enseignement qui est assuré par les ministres ou représentants des divers cultes. La fréquentation de ces cours est entièrement volontaire et les écoliers qui décident de ne pas les fréquenter font du travail scolaire pendant cette période. Ce modèle, pour respecter le principe d'égalité, devrait prévoir l'enseignement de toutes les religions pour lesquelles il existe une demande significative, ainsi qu'un enseignement ou une activité alternative pour les non-croyants. Un tel modèle respecterait-il l'article 41? Si les enfants reçoivent bien l'enseignement «dans les établissements» (dans les locaux et durant la journée scolaire), celui-ci n'est pas dispensé par l'établissement, ce que la terminologie de l'article 41 semble pourtant impliquer. Cependant, une telle interprétation n'est pas directement contraire à la lettre de l'article 41 et, s'il faut choisir entre l'interprétation la plus fidèle à l'esprit, mais qui rend l'article inconstitutionnel, et une autre, moins fidèle, mais qui maintient sa constitutionnalité, il est sans doute justifié de retenir la seconde.

Dans le deuxième modèle (dismissed time program), les enfants disposent, au cours de la journée scolaire, d'une plage horaire pendant laquelle ils quittent l'école pour recevoir l'instruction religieuse là où elle est dispensée (églises, temples, synagogues, etc) par les représentants de chaque culte. Il faudrait également que l'école organise un enseignement moral laïque ou une activité de substitution pour les élèves qui choisissent de ne suivre aucun enseignement religieux à l'extérieur de l'école. Cependant, on peut penser qu'une telle modalité ne respecterait pas le sens de l'article 41 de la Charte québécoise, qui prévoit le droit des parents d'exiger que «dans les établissements publics» leurs enfants reçoivent un enseignement religieux ou moral conforme à leurs convictions. En effet, l'enseignement moral serait bien donné sur les lieux de l'école, mais pas l'enseignement religieux (pour pallier cette difficulté, il faudrait interpréter «dans les établissements publics» comme signifiant par exemple «dans le

²⁷⁰ Les trois modèles sont présentés par STEPHENSON, loc. cit., note 123, et font déjà l'objet d'une analyse, à la lumière de la Charte canadienne, dans la première partie de la présente étude.

cadre du fonctionnement des établissements publics»).

Dans le troisième modèle, les choses se passent comme dans le premier, sauf que l'enseignement est assuré, sur les lieux de l'école, par des représentants des diverses religions, avant le début ou après la fin des classes régulières. Un enseignement moral devrait être prévu pour ceux qui ne veulent participer à aucun des enseignements confessionnels disponibles. Si une telle modalité reste compatible avec la lettre de l'article 41, elle s'éloigne cependant de son esprit davantage encore que la première, puisque le seul lien maintenu ici avec les établissements est celui de la localisation de l'enseignement religieux dans les locaux scolaires; par contre, l'enseignement se donne en dehors de la journée scolaire.

Rappelons que, sur un plan pratique, le choix de l'enseignement moral risque d'autant plus d'être «stigmatisant» qu'il sera le fait d'une petite minorité, l'enseignement religieux étant choisi par une forte majorité. Dans ce cas, les enfants minoritaires pourraient effectivement se sentir mis à l'écart. Or plus il y aura d'options entre lesquelles choisir, plus le choix sera multiple et morcelé, moins il y aura de risques de retrouver, l'une en face de l'autre, une petite minorité et une forte majorité. Le respect de l'égalité, qui entraînerait la multiplication des options disponibles, diminuerait donc également le risque qu'il y ait atteinte à la liberté de conscience et de religion.

Rappelons également que le principe d'égalité n'exige pas que tous les groupes religieux soient traités de façon identique. La loi pourrait prévoir que le droit à l'enseignement religieux n'existe que dans les cas où il y a une demande significative, c'est-à-dire «là où le nombre le justifie».

L'article 41 constitue un obstacle à un autre système qui serait probablement conforme à la Charte canadienne et qui consisterait à n'avoir que des écoles publiques laïques dans lesquelles serait dispensé un enseignement moral, avec possibilité de dispense, et à côté desquelles existeraient, comme actuellement, des écoles privées religieuses subventionnées. La différence avec la situation actuelle serait que les écoles catholiques et protestantes devraient, elles aussi, suivre le régime des écoles privées. L'égalité serait ainsi rétablie entre toutes les religions. Un tel système ne satisferait cependant pas l'article 41, qui donne le droit à l'éducation religieuse dans les écoles publiques.

Dans une optique de réforme du droit existant, la plupart des difficultés qui viennent d'être mentionnées disparaîtraient si l'article 41 de la Charte québécoise était modifié pour être mis en harmonie avec le droit international des droits de la personne. Plutôt que de reconnaître aux parents et tuteurs «le droit d'exiger que, dans les établissements d'enseignement publics, leurs enfants reçoivent un enseignement religieux ou moral conforme à leurs convictions», il garantirait alors «le droit des parents d'assurer l'éducation de leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques». Dès lors, comme en droit international, il s'agirait seulement d'un droit pour les parents d'envoyer leurs enfants dans une école privée ou de les faire dispenser de l'enseignement religieux ou moral donné à l'école publique, l'État ayant en outre l'obligation de s'abstenir de tout endoctrinement dans l'enseignement dispensé dans les écoles publiques. Une telle réforme nous paraît peu susceptible d'être contestée sur un plan politique. Non seulement respecte-t-elle en tout point les normes du droit international, mais elle confère aux parents des droits plus clairement exprimés que dans la Charte canadienne. Une telle disposition n'imposerait pas l'enseignement confessionnel à l'école publique, mais elle ne l'excluerait pas davantage. Évidemment, si le législateur optait pour cette solution, il devrait encore respecter le droit à l'égalité et s'abstenir de toute discrimination fondée sur la religion.

Synthèse

I. La liberté de conscience et de religion et l'interdiction de la discrimination religieuse dans la Charte canadienne des droits et libertés et dans la Charte des droits et libertés de la personne du Québec - portée générale

1. Pour ce qui est de la liberté de conscience et de religion, les dispositions de la Charte canadienne (article 2(a)) et de la Charte québécoise (article 3) ne présentent pas de différences significatives, si bien qu'il faut présumer qu'elles doivent recevoir la même interprétation. Cependant, l'article 41 de la Charte québécoise, qui prévoit que les parents ont le droit d'exiger que, dans les établissements d'enseignement publics, leurs enfants reçoivent un enseignement religieux ou moral conforme à leurs convictions, empêche de transposer entièrement à l'article 3 de celle-ci certaines conséquences qui ont été tirées, en jurisprudence, de l'article 2a) de la Charte canadienne. Les dispositions des deux chartes qui portent sur le droit à l'égalité interdisent l'une et l'autre, de façon expresse et dans des termes comparables, la discrimination fondée sur la religion.

2. La liberté de conscience et de religion, d'une part, la protection contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, d'autre part, constituent deux droits qui peuvent être invoqués de façon largement interchangeable et qui, par conséquent, se chevauchent. Dans les faits, les requérants font presque toujours appel aux deux droits en parallèle. Néanmoins les tribunaux semblent considérer que les mesures qui ont pour effet d'exercer une coercition religieuse doivent être examinées sous l'angle de la liberté de religion et celles qui entraînent un traitement inégal fondé sur la religion sous l'angle du droit à l'égalité.

3. La prohibition de la discrimination religieuse, dans les deux Chartes, vise autant la discrimination indirecte, ou discrimination «par suite d'un effet préjudiciable», que la discrimination directe. Alors que la discrimination directe est celle qui repose ouvertement sur un motif prohibé de distinction, la discrimination indirecte découle d'une règle «neutre», qui s'applique de la même façon à tous, mais qui produit néanmoins un effet discriminatoire sur un seul groupe de personnes en ce qu'elle leur impose des obligations ou des conditions restrictives non imposées aux autres membres de la société. En matière religieuse, la discrimination indirecte résulte souvent du fait que l'autorité publique sanctionne, pour des

raisons laïques, des règles qui correspondent aux pratiques des religions traditionnelles (par exemple, les jours fériés civils correspondent encore aujourd'hui, pour des raisons historiques, aux fêtes religieuses chrétiennes).

4. En tenant compte des différences de rédaction entre l'article 10 de la Charte québécoise et l'article 15(1) de la Charte canadienne, trois ou quatre éléments constitutifs doivent être réunis pour qu'il y ait discrimination, les trois premiers communs aux deux Chartes, le quatrième propre à la Charte québécoise. Le premier élément consiste en une distinction, exclusion ou préférence directement et visiblement inscrite dans une norme (discrimination directe) ou découlant des effets concrets d'une norme apparemment neutre et qui vise dans les mêmes termes tous ceux auxquels elle s'applique (discrimination indirecte). Le deuxième élément est constitué par le lien de cause à effet que doit présenter la distinction de traitement avec un motif illicite. Il n'est cependant pas nécessaire que ce motif ait été la seule cause de la différence de traitement; il suffit qu'il y ait véritablement contribué. Le troisième élément constitutif est le préjudice matériel ou moral sérieux que la distinction de traitement doit causer à un individu ou à un groupe d'individus, alors qu'il n'est pas imposé à d'autres. Enfin, dans le cadre de la Charte québécoise, la distinction de traitement incriminée doit être effectuée dans le cadre de certaines activités (mentionnées aux articles 10.1 à 19) ou encore à l'occasion de l'exercice des autres droits ou libertés garantis par la Charte. Cet élément est propre à la Charte québécoise et n'intervient pas pour la Charte canadienne. Si l'on applique les principes qui précèdent, il faut conclure que le fait de ne donner qu'aux catholiques et aux protestants le droit de recevoir l'enseignement religieux à l'école publique, alors que les adhérents d'autres religions peuvent demander un tel bénéfice, mais sans y avoir droit, entraîne une discrimination fondée sur la religion à l'égard de ces derniers. De même, l'existence d'écoles publiques confessionnelles pour les seuls catholiques et protestants entraîne manifestement une discrimination à l'égard de ceux qui professent une autre religion.

5. Une norme directement discriminatoire sera invalidée ou annulée, à moins qu'elle puisse être considérée comme raisonnable. Par contre, une norme ou une politique indirectement discriminatoire sera le plus souvent considérée comme raisonnable et justifiée, si bien qu'il n'y aura pas de raisons de l'annuler. Le corollaire de l'interdiction de la discrimination indirecte consiste plutôt en une «obligation d'accommodement» (ou d'adaptation), c'est-à-dire un devoir de prendre tous les moyens raisonnables pour soustraire les victimes de la discrimination

indirecte aux effets de celle-ci, en adaptant les normes à leur situation particulière.

6. L'accommodement peut consister à dispenser purement et simplement les intéressés de l'application de la règle contestée. Le règlement d'une école prohibant la possession d'armes par les élèves ou interdisant le port de tout vêtement distinctif a un effet discriminatoire sur ceux dont la religion les oblige à avoir sur eux en permanence un poignard servant au rituel (kirpan) ou à porter le hidjab. À moins qu'on ne puisse démontrer qu'il s'agit d'une contrainte excessive, l'accommodement consiste à prévoir un régime d'exception permettant aux Sikhs de garder leur poignard à l'école et aux musulmanes de porter le hidjab. L'accommodement peut aussi consister à mettre à la disposition des intéressés des installations ou des avantages particuliers. La pratique de servir le même menu, avec de la viande de porc, dans la cafétéria d'une école produit un effet discriminatoire sur les personnes de religion juive ou musulmane. L'accommodement consistera à leur offrir des repas différents.

7. Dans le cas des normes adoptées par des organismes privés ou publics relativement aux relations d'emploi ou à la fourniture de biens ou de services, les limites de l'obligation d'accommodement sont constituées par le caractère excessif de la contrainte, des inconvénients ou des coûts qui seraient entraînés par l'accommodement recherché (la preuve de ce caractère excessif étant à la charge de celui qui cherche à se soustraire à l'obligation d'accommodement). Lorsque l'obligation s'impose au législateur ou à l'autorité réglementaire, ses limites découleront de l'application des clauses limitatives des deux Chartes, à savoir l'article 1 de la Charte canadienne et l'article 9.1 de la Charte québécoise.

8. Le concept de «contrainte excessive» et les critères dégagés pour sa mise en oeuvre, bien qu'ils puissent être exposés et généralisés sur un plan théorique, font l'objet d'une application qui dépend très étroitement des faits propres à chaque affaire. Par conséquent, les résultats dans un cas particulier sont très difficilement prévisibles si on ne connaît pas tous les faits de façon détaillée. Même s'ils sont connus, le pronostic reste ardu, car il est presque impossible de prévoir l'importance que l'autorité décisionnelle attachera à chacun des faits pertinents. Les principaux facteurs de contrainte excessive susceptibles d'être invoqués sont les coûts entraînés par l'accommodement recherché, l'entrave à l'exploitation de l'entreprise ou du service et les droits d'autrui.

9. Lorsque l'obligation d'accommodement s'impose au législateur ou à l'autorité réglementaire, celui qui veut la repousser doit démontrer que l'application intégrale de la norme, sans les exceptions réclamées par le demandeur, est nécessaire pour atteindre un objectif législatif légitime et important. Plus précisément, sous l'empire de l'article 1 de la Charte canadienne, il faudra démontrer successivement que l'application entière de la norme constitue un moyen rationnel d'atteindre l'objectif législatif; qu'il n'existe pas de moyens d'y parvenir qui soient moins attentatoires aux droits en cause (critère de l'atteinte minimale); enfin, qu'il y a proportionnalité entre les effets bénéfiques de la mesure et ses effets restrictifs. En fait, le critère de l'atteinte minimale, qui est au coeur du test de l'article 1, correspond en grande partie, pour ce qui est des concepts, à la défense de contrainte excessive qui permet de s'opposer à l'obligation d'accommodement raisonnable dans le cadre des lois sur les droits de la personne.

10. S'il y a violation de la liberté de religion sous l'empire de la Charte québécoise, on appliquera la clause limitative de l'article 9.1, dont la Cour suprême a jugé qu'il doit être mis en oeuvre selon les mêmes critères que l'article 1 de la Charte canadienne. S'il y a discrimination religieuse, les choses sont plus compliquées. Dans la mesure où la discrimination découle de certains agissements de personnes privées ou d'organismes étatiques, les seules exceptions à cette prohibition sont celles expressément prévues aux articles 14, 18, 19 et 20. Le problème est plus complexe en ce qui concerne la discrimination résultant de l'activité normative du législateur ou de l'autorité réglementaire, car l'article 9.1 ne s'applique pas à l'article 10, qui interdit la discrimination. D'après la jurisprudence de la Cour suprême, qui n'est cependant pas très claire, les tribunaux doivent alors appliquer un critère implicite de raisonabilité, selon lequel il faut se demander si la distinction, exclusion ou préférence est arbitraire.

11. La Cour suprême a jugé qu'une loi dont l'objet est de promouvoir ou d'interdire une croyance ou une pratique religieuse restreint la liberté de religion (ou le droit à l'égalité sans distinction de religion) d'une façon qui ne saurait jamais être justifiée, car elle rentre directement en conflit avec l'objet même de la liberté de religion. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner, dans un tel cas, la nature ou la dimension des effets de la loi sur la liberté de religion. Par contre, lorsqu'une loi poursuit des objectifs séculiers, comme de promouvoir les valeurs éducatives et morales, mais que par ses effets elle restreint la liberté de religion de certaines personnes, la mesure en cause est alors susceptible de justification en vertu des clauses limitatives des deux Chartes.

12. La liberté de religion a deux composantes. En premier lieu, une liberté positive et négative d'exercice de la religion (ou «libre exercice») : le contenu positif correspond à la liberté d'avoir des croyances religieuses, de les professer ouvertement et de les manifester par leur mise en pratique, par le culte et par leur enseignement et leur propagation; le contenu négatif correspond au droit de ne pas être forcé, directement ou indirectement, d'embrasser une conception religieuse ou d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience. En second lieu, la liberté de religion impose une obligation de neutralité à l'État en matière religieuse, c'est-à-dire l'empêche de privilégier ou de défavoriser une religion par rapport aux autres.

13. L'exigence de neutralité de l'État en matière religieuse peut recevoir une interprétation plus ou moins rigoureuse. Dans un sens très rigoureux, toute forme d'appui significatif de l'État à une religion est considérée comme interdite. Dans un sens moins exigeant, seules sont interdites les formes de soutien apporté par l'État à une religion qui sont discriminatoires ou qui ont pour effet de créer une pression sociale ou psychologique qui limite de façon significative la liberté d'exercice négative de ceux qui n'adhèrent pas à cette religion. Il y a consensus sur le fait que, dans le cadre de la Constitution canadienne, l'exigence de neutralité de l'État en matière religieuse doit recevoir une interprétation rigoureuse qu'aux États-Unis, en raison notamment de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 qui consacre certains droits confessionaux au profit des catholiques et des protestants en matière d'éducation. Ainsi, par exemple, le principe canadien de neutralité religieuse n'interdirait pas à l'État d'aider financièrement les écoles privées, à condition qu'il le fasse sans privilégier ou défavoriser une religion par rapport aux autres, ou encore les convictions religieuses par rapport aux conviction non religieuses.

14. La Cour suprême a reconnu que lorsqu'une loi qui poursuit un objectif séculier valide entraîne néanmoins des effets restrictifs sur la liberté de religion de certaines personnes, celles-ci ont le droit d'obtenir des accommodements à condition que ces accommodements soient compatibles avec l'intérêt public. Par conséquent, le droit à l'accommodement raisonnable, qui peut être fondé sur le droit à l'égalité, peut également découler de la liberté de conscience et de religion.

II. - La portée de la liberté de conscience et de religion et de l'interdiction de la discrimination religieuse dans le domaine scolaire

15. La Cour suprême a indirectement fait découler de l'article 2a) de la Charte canadienne le droit des parents de ne pas envoyer leurs enfants à l'école publique et de leur donner un enseignement religieux dans une école privée ou à la maison, à condition qu'il soit approprié. Quant à la Charte québécoise, elle contient un article 42 qui donne expressément aux parents le droit de choisir pour leurs enfants des établissements d'enseignement privés.

16. Dans l'arrêt Adler, la Cour suprême a jugé qu'il n'existait pas, en vertu de la Charte canadienne, de droit au subventionnement public des écoles religieuses privées. Cependant, cinq des neuf membres de la Cour ne se sont pas prononcés sur le fond du problème, dans la mesure où leur argumentation repose sur l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867, dont au surplus les garanties en matière de confessionnalité ne s'appliquent plus au Québec. On ne peut donc pas considérer que la question a véritablement été vidée, d'autant plus qu'il existe un fort courant de doctrine qui exprime l'idée qu'un refus de subventionner les écoles religieuses privées ne rend pas justice aux parents qui, pour des raisons religieuses, estiment ne pas pouvoir envoyer leurs enfants à l'école publique.

17. La Cour d'appel de l'Ontario a jugé inconstitutionnel, car incompatible avec l'article 2a) de la Charte canadienne, un règlement scolaire prévoyant la récitation de prières chrétiennes et la lecture de la Bible à l'école publique non confessionnelle, et ceci malgré la possibilité pour les parents qui le désiraient d'obtenir une exemption pour leurs enfants. La Cour a considéré que le règlement exerçait une coercition contre les élèves en imposant l'observance religieuse aux non-croyants et l'observance religieuse chrétienne aux non chrétiens. La possibilité d'obtenir une dispense ne faisait pas disparaître cette atteinte à la liberté de conscience et de religion, car, d'une part, la nécessité de demander une telle dispense équivalait à imposer une déclaration de convictions et, d'autre part, les enfants bénéficiaires d'une dispense risquaient d'être stigmatisés comme non-conformistes et mis à l'écart par leurs camarades appartenant à la religion majoritaire. La restriction de la liberté de conscience et de religion ne pouvait pas être justifiée sous l'article premier de la Charte canadienne car le règlement avait un objet religieux, celui d'imprégner l'éducation des valeurs chrétiennes. Même si, par hypothèse, on admettait que l'objectif du règlement était celui, séculier et valide, de transmettre des valeurs éducatives et morales, il ne respecterait pas l'exigence de l'atteinte minimale.

18. Selon cette jurisprudence, qui n'a pas été jusqu'à présent confirmée par la Cour suprême,

pour être conformes aux Chartes, les exercices religieux susceptibles d'être organisés à l'école publique doivent être non discriminatoires et ne pas entraîner de pression sociale ou psychologique sur les adhérents d'autres religions ou sur les non-croyants. Les prières, verbales ou silencieuses, uni- ou multi-confessionnelles, seraient probablement considérées comme contraire à la Charte. En théorie, il serait possible d'imaginer des lectures faisant une place égale à toutes les croyances religieuses, quasi-religieuses et non-religieuses, sans aucun élément d'endoctrinement ni de favoritisme, mais en pratique un tel équilibre serait très difficile à atteindre. Une mesure prévoyant un moment de silence pouvant être consacré, au choix des enfants, à la prière, à la méditation ou à la réflexion, sans qu'aucune de ces activités ne soit privilégiée, serait probablement considérée comme conforme à la Charte canadienne.

19. La Cour d'appel de l'Ontario a jugé contraire à l'article 2a) de la Charte canadienne un règlement adopté en vertu de la loi scolaire de l'Ontario voulant que les élèves reçoivent dans les écoles publiques, durant les heures régulières de classe, un enseignement religieux confessionnel. Un enseignement destiné à promouvoir l'adhésion à une religion viole la liberté de conscience et de religion s'il est dispensé à l'école publique, car cela revient pour l'État à imposer une observance religieuse particulière à ceux qui ne sont pas croyants ou qui professent d'autres convictions religieuses. En ce qui concerne la possibilité d'obtenir une dispense de l'enseignement religieux, la Cour a repris le raisonnement déjà utilisé pour les exercices religieux, à savoir qu'une telle dispense pouvait avoir pour effet de stigmatiser les enfants pour lesquels elle est demandée et de les marginaliser par rapport aux enfants qui participent à la religion dominante. La Cour ne s'est pas prononcé sur l'argument voulant que le règlement était également discriminatoire, étant donné que seul l'enseignement de la religion chrétienne était prévu, puisqu'elle était déjà parvenue à la conclusion que le règlement violait la Charte au titre de la liberté de conscience et de religion. La Cour a souligné la différence qu'il y avait entre une éducation religieuse confessionnelle, qui vise un endoctrinement dans une religion donnée et qui viole la liberté de religion, et un enseignement religieux de type culturel, destiné à donner aux élèves, de façon impartiale et critique, une connaissance objective du phénomène religieux, qui est constitutionnellement permis à l'école publique.

20. On peut tenter, sur la base de cette jurisprudence, qui n'a pas été jusqu'à présent confirmée par la Cour suprême, de déterminer les paramètres qu'un enseignement religieux ou moral, dispensé à l'école publique, doit respecter pour être conforme à la Charte canadienne (pour la

Charte québécoise, l'existence de l'article 41 modifie quelque peu le tableau; cette disposition sera analysée plus loin). De façon générale, une formule exigeant que l'enseignement religieux ou moral fasse l'objet d'un choix positif de la part de ceux qui désirent le recevoir serait moins problématique qu'un système de dispense, puisque c'est le fait de devoir demander une telle dispense qui a été considéré comme pouvant entraîner une stigmatisation contraire à la liberté de religion. Cependant, cette distinction n'a probablement pas une portée absolue et l'on devra tenir compte du contexte réel qui se dégagera de l'ensemble des choix effectués par les parents ou les enfants.

L'enseignement moral laïque

L'enseignement moral est constitutionnellement permis, à condition qu'il transmette des valeurs religieusement neutres, c'est-à-dire qui ne soient ni religieuses ni anti-religieuses. Le simple fait que certaines valeurs morales (comme la prohibition du vol ou du meurtre) correspondent aux principes de certaines religions ne suffit pas à entraîner une violation de la liberté de conscience et de religion. Certains parents pourraient néanmoins reprocher à un tel enseignement de véhiculer un relativisme moral incompatible avec les convictions religieuses qu'ils cherchent à transmettre à leurs enfants. Une façon d'éviter ce reproche consisterait à prévoir une possibilité de dispense de l'enseignement moral (ou à faire en sorte que celui-ci doive faire l'objet d'un choix positif).

L'enseignement religieux culturel

La Cour d'appel de l'Ontario a implicitement mais clairement admis la constitutionnalité d'un enseignement religieux de type culturel. Elle a également énuméré certains des critères d'un tel enseignement :

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

L'enseignement religieux confessionnel

Étant donné qu'en droit canadien le soutien étatique accordé à une religion n'est pas en tant que tel prohibé, l'enseignement religieux confessionnel à l'école publique n'est contraire à la Charte canadienne que s'il entraîne une coercition à l'égard des non-croyants ou s'il est discriminatoire. Un programme d'enseignement confessionnel organisé de façon à échapper à ces deux reproches serait donc valide. Trois modèles semblent susceptibles d'être considérés comme remplissant ces conditions :

1) Durant la journée scolaire, une plage horaire est réservée pour que les enfants puissent recevoir de l'enseignement religieux confessionnel dans les locaux scolaires, enseignement qui est assuré par les ministres ou représentants des divers cultes. La fréquentation de ces cours est entièrement volontaire et les écoliers qui décident de ne pas les fréquenter font du travail scolaire pendant cette période. Ce modèle, pour respecter le principe d'égalité, devrait prévoir l'enseignement de toutes les religions pour lesquelles il existe une demande significative, ainsi qu'un enseignement ou une activité alternative pour les non-croyants.

2) Les enfants disposent, au cours de la journée scolaire, d'une plage horaire pendant laquelle ils quittent l'école pour recevoir l'instruction religieuse là où elle est dispensée (églises, temples, synagogues, etc) par les représentants de chaque culte. Il faudrait également que l'école organise un enseignement moral laïque ou une activité de substitution pour les élèves qui choisissent de ne suivre aucun enseignement religieux à l'extérieur de l'école.

3) L'enseignement confessionnel sur les lieux de l'école avant ou après les classes régulières. Il s'agit du même système que dans le premier modèle, sauf que l'enseignement est assuré, sur les lieux de l'école, par des représentants des diverses religions, avant le début ou après la fin des classes régulières.

III. Évaluation par rapport à la Charte canadienne des modalités actuelles d'enseignement moral et religieux dans les écoles publiques du Québec

21. L'objet général du régime instauré par la Loi sur l'instruction publique pour l'enseignement religieux et moral (par opposition aux objectifs spécifiques de l'enseignement religieux catholique ou protestant) ne semble pas être d'éduquer les enfants dans la foi catholique ou

protestante (ce qui en ferait un objectif invalide). Si c'était le cas, il n'y aurait évidemment pas de possibilité d'option entre l'enseignement religieux catholique ou protestant et l'enseignement moral. L'objectif général du régime québécois est plutôt la transmission de valeurs morales et éducatives (la formation morale des élèves autrement dit), soit par le moyen de l'enseignement religieux, pour ceux qui le désirent, soit par celui de l'enseignement moral, pour les autres. Or un tel objectif est légitime et valide. Les dispositions québécoises ne violent donc pas la Charte par leur objet même. Elles peuvent cependant entraîner une restriction des droits garantis par leurs effets. Néanmoins, dans cas elles seront susceptibles d'être justifiées sous l'article premier de la Charte canadienne.

22. Le caractère discriminatoire des dispositions québécoises est manifeste. Elles établissent une distinction de traitement entre ceux qui adhèrent aux religions catholique ou protestante, et qui ont un droit légal à l'enseignement de leur religion, ainsi qu'à des services d'animation pastorale ou religieuse, à l'école publique, et les adhérents de toutes les autres religions, pour qui il n'existe qu'une simple possibilité : celle qu'une commission scolaire accepte, sans y être tenue, d'organiser un enseignement religieux à leur bénéfice. Cette discrimination ne peut être justifiée en vertu de l'article premier de la Charte canadienne, car il n'y a pas de lien rationnel entre l'objectif de transmettre des valeurs et le fait de réserver le droit à l'enseignement religieux aux catholiques et aux protestants.

23. Le principe d'égalité n'exige cependant pas que tous les groupes religieux, des plus grands aux plus petits, soient traités de façon identique. La loi pourrait prévoir que le droit à l'enseignement religieux et à l'animation religieuse ou pastorale, à l'école publique, n'existe que dans les cas où il y a une demande significative, c'est-à-dire «là où le nombre le justifie». La Charte canadienne elle-même, dans son article 23, subordonne à pareille condition le droit à l'enseignement dans la langue de la minorité (anglophone ou francophone).

24. Du point de vue de sa conformité à la liberté de conscience et de religion, l'argument de la stigmatisation pourrait également être opposé au système québécois, mais dans une moindre mesure qu'à un système rendant l'enseignement confessionnel obligatoire avec possibilité de dispense. L'obligation de choisir entre l'enseignement confessionnel et l'enseignement moral est probablement moins susceptible d'entraîner une stigmatisation que l'obligation de demander une dispense de l'enseignement confessionnel. Sur un plan pratique, le choix de

l'enseignement moral risquerait d'autant plus d'être «stigmatisant» qu'il serait le fait d'une petite minorité, l'enseignement religieux étant choisi par une forte majorité. Dans ce cas, les enfants minoritaires pourraient effectivement se sentir mis à l'écart. Le risque de stigmatisation est moins important lorsque l'enseignement religieux est donné, dans les locaux de l'école publique, en dehors des heures régulières de classe, avant le début ou après la fin de celles-ci. Les probabilités de conformité à la Charte canadienne seraient encore meilleures en confiant aux diverses confessions elles-mêmes, plutôt qu'à l'école publique, la responsabilité d'organiser l'enseignement religieux, sur les lieux de l'école, en dehors des heures de classe. L'école devrait cependant continuer d'assurer l'enseignement moral.

25. En conclusion, le système québécois actuel en matière d'enseignement religieux et moral, dans la mesure où il offre le choix entre l'enseignement moral et religieux catholique ou protestant et l'enseignement moral laïque, doit être considéré comme entraînant une discrimination fondée sur la religion, non justifiable en vertu de la clause limitative de la Charte canadienne. Deux solutions sont possibles. La première, si l'on voulait simplement maintenir le système actuel, consisterait à continuer à le protéger par deux clauses de dérogation écartant l'application des deux Chartes. La seconde, si l'on voulait faire disparaître la discrimination, consisterait à étendre le droit à l'enseignement religieux et à l'animation pastorale ou religieuse à toutes les religions pour lesquelles il existe une demande suffisante, tout en maintenant l'enseignement moral laïque. Il serait prudent de prévoir une possibilité de dispense pour les enfants ou les parents, selon le cas, qui estimeraient, pour des raisons de conscience ou de religion, ne pouvoir suivre aucun des enseignements religieux dispensés, et pas davantage l'enseignement moral.

IV. L'impact de l'article 41 de la Charte québécoise sur le régime de l'enseignement moral et religieux dans les écoles publiques du Québec

26. L'article 41 de la Charte québécoise reconnaît le droit des parents d'exiger pour leurs enfants, dans les écoles publiques, «un enseignement religieux ou moral conforme à leurs convictions, dans le cadre des programmes prévus par la loi».

27. L'article 41 n'étant pas visé par la clause de primauté de la Charte québécoise (art. 52) n'a pas d'autorité contraignante à l'égard du législateur québécois et ne peut donc pas être invoqué pour obliger le législateur à prévoir un enseignement religieux ou moral d'une forme particulière

à l'école publique ou pour contester la validité des lois scolaires parce qu'elle ne prévoiraient pas un tel enseignement. Il ne peut pas davantage être invoqué pour obliger les autorités scolaires à organiser pareil enseignement, si la loi est silencieuse à cet égard, précisément parce que les droits garantis à l'article 41 ne le sont que «dans le cadre des programmes prévus par la loi»; dans la mesure où la loi ne prévoit rien, les droits ne sont donc pas exigibles d'une autorité infralégislative. Cependant cette non-juridicité n'est pas entière. Les dispositions de l'article 41 peuvent influencer l'interprétation de la législation ordinaire ainsi que celle des autres dispositions de la Charte et, si elles se combinent avec l'article 10, acquérir une autorité supérieure aux autres lois qui permet de contester la validité de celles qui auraient des effets discriminatoires en matière d'enseignement religieux ou moral dans les écoles publiques.

28. L'article 41 est rédigé de façon à imposer une obligation positive, celle d'organiser, dans les écoles publiques, un enseignement religieux ou moral conforme aux convictions des parents. En plus de cette obligation positive, l'article 41 impose également une obligation négative de ne pas endoctriner, ce qui signifie qu'on peut en faire découler un droit à la dispense à l'égard de l'enseignement confessionnel et peut-être également à l'égard de l'enseignement moral laïque. Par contre, l'article 41 n'exige manifestement pas que l'école publique soit confessionnelle et il ne donne aux parents aucun droit de demander l'organisation de prières ou d'exercices religieux à l'école publique.

29. Si l'article 41 de la Charte québécoise devait être interprété comme conférant aux parents le droit d'obtenir, pour leurs enfants, dans les écoles publiques, un enseignement religieux non conforme aux exigences de la Charte canadienne, il faudrait inévitablement conclure qu'il est inconstitutionnel et qu'il doit, en conséquence, être déclaré inopérant ou reformulé par les tribunaux de façon à rétablir sa conformité avec la Charte canadienne. Il faut donc plutôt, pour éviter une telle conséquence, essayer d'interpréter l'article 41 de façon à maintenir sa constitutionnalité. Par ailleurs, il faut interpréter l'article 41 en conjonction avec les autres dispositions de la Charte québécoise, principalement les articles 3 (liberté de conscience et liberté de religion) et 10 (interdiction de la discrimination), de même qu'il faut interpréter ces autres dispositions en conjonction avec l'article 41.

30. On peut sans doute considérer qu'un régime prévoyant un enseignement confessionnel à l'école publique, s'il est contraire à la liberté de conscience et de religion garantie à l'article 2a)

de la Charte canadienne, ne l'est probablement pas dans la même mesure à la liberté de conscience et de religion garantie à l'article 3 de la Charte québécoise, précisément parce qu'il faut tenir compte de l'article 41 qui donne le droit de recevoir, à l'école publique, un enseignement religieux ou moral. Cependant, si tout en étant conforme à la Charte québécoise, un tel régime est incompatible avec la Charte canadienne, il doit évidemment être considéré comme inconstitutionnel. Plus encore, si l'article 41 est interprété comme autorisant un régime interdit par la Charte canadienne, il devra lui-même être considéré comme inconstitutionnel.

31. Par ailleurs, un régime, comme celui qui découle actuellement de la Loi sur l'instruction publique, dans lequel l'enseignement religieux n'existe pas sur un pied d'égalité pour toutes les confessions suffisamment représentées à l'école, semble devoir être considéré comme non conforme à l'article 41 lu en combinaison avec l'article 10 de la Charte québécoise qui interdit la discrimination fondée sur la religion. Dans la mesure où l'article 10 de la Charte, contrairement à l'article 41, bénéficie de la primauté sur les autres lois québécoises, le caractère discriminatoire des dispositions de la Loi sur l'instruction publique relatives à l'enseignement confessionnel pourra donc être invoqué pour les faire déclarer inopérantes comme incompatibles avec la Charte québécoise.

32. S'il faut interpréter l'article 41 comme donnant le droit au choix entre un enseignement confessionnel et un enseignement moral à l'école publique, il existe, comme nous l'avons vu précédemment, trois modèles d'enseignement confessionnel plus ou moins susceptibles d'être considérés comme respectant les conditions qui découlent de la Charte canadienne (savoir qu'un tel enseignement ne doit pas entraîner une coercition à l'égard des non-croyants et ne pas être discriminatoire). Cependant, aucun de ces trois modèles ne correspond pleinement au sens littéral de l'article 41.

33. L'article 41 constitue un obstacle à un autre système qui serait probablement conforme à la Charte canadienne et qui consisterait à n'avoir que des écoles publiques laïques dans lesquelles serait dispensé un enseignement moral, avec possibilité de dispense, et à côté desquelles existeraient, comme actuellement, des écoles privées religieuses subventionnées. La différence avec la situation actuelle serait que les écoles catholiques et protestantes devraient, elles aussi, suivre le régime des écoles privées. L'égalité serait ainsi rétablie entre toutes les religions. Un tel système ne satisferait cependant pas l'article 41, qui donne le droit à l'éducation religieuse

dans les écoles publiques.

34. Dans une optique de réforme du droit existant, il faudrait songer à une modification de l'article 41 de la Charte québécoise. Plutôt que de reconnaître aux parents et tuteurs «le droit d'exiger que, dans les établissements d'enseignement publics, leurs enfants reçoivent un enseignement religieux ou moral conforme à leurs convictions», il pourrait garantir «le droit des parents d'assurer l'éducation de leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques» (formulation modelée sur les dispositions du droit international). Dès lors, comme en droit international, il s'agirait seulement d'un droit pour les parents d'envoyer leurs enfants dans une école privée ou de les faire dispenser de l'enseignement religieux ou moral donné à l'école publique, l'État ayant en outre l'obligation de s'abstenir de tout endoctrinement dans l'enseignement dispensé dans les écoles publiques. Une telle réforme nous paraît peu susceptible d'être contestée sur un plan politique. Non seulement respecte-t-elle en tout point les normes du droit international, mais elle confère aux parents des droits plus clairement exprimés que dans la Charte canadienne. Une telle disposition n'imposerait pas pas l'enseignement confessionnel à l'école publique, mais elle ne l'excluerait pas davantage. Évidemment, si le législateur optait pour cette solution, il devrait encore respecter le droit à l'égalité et s'abstenir de toute discrimination fondée sur la religion.

V. Évaluation par rapport aux Chartes du statut confessionnel des écoles publiques du Québec

35. Manifestement, la loi québécoise établit une différence de traitement entre les catholiques et les protestants, qui ont le droit à des écoles publiques confessionnelles, et les adhérents de toutes les autres religions, qui n'ont pas le même droit. Cette différence de traitement se traduit pour ces derniers par un désavantage. Elle est donc discriminatoire. Cette discrimination ne semble pas susceptible d'être justifiée sous l'empire des clauses limitatives des deux Chartes.

36. Si certaines écoles avaient un statut confessionnel catholique ou protestant, mais offraient l'enseignement religieux pour toutes les religions pour lesquelles la demande serait suffisante, la formule serait-elle encore discriminatoire? Si la confessionnalité signifiait plus que l'enseignement de la religion et entraînait l'imprégnation de toutes les matières par les valeurs religieuses, l'inégalité de traitement discriminatoire subsisterait évidemment. Si la

confessionnalité n'impliquait pas autre chose que l'enseignement religieux, il n'y aurait plus discrimination à ce niveau, mais celle-ci subsisterait au niveau de la reconnaissance symbolique.

37. Pour faire disparaître la discrimination découlant du régime actuel, il faudrait donc qu'il existe des écoles publiques confessionnelles pour toutes les religions présentant une importance suffisante, ainsi que des écoles publiques laïques. Il faudrait également que chacun ait accès à l'école publique confessionnelle ou laïque de son choix dans des conditions qui respectent l'égalité au sens matériel du terme, c'est-à-dire à distance raisonnable de son domicile, tenant compte des réalités géographiques, démographiques et économiques.

38. L'existence d'écoles confessionnelles publiques ne serait compatible avec la liberté de conscience et de religion que si tous les usagers d'une école étaient d'accord avec le projet éducatif confessionnel. Il faudrait donc que les écoles publiques confessionnelles ne soient fréquentées que par ceux qui décident volontairement de s'y inscrire parce qu'elles leur conviennent, les autres ayant le choix de s'inscrire dans une école sans statut confessionnel. Mais cela supposerait que tout enfant scolarisé au Québec ait toujours la possibilité de fréquenter une telle école dans son environnement immédiat. La réalisation d'une telle condition paraît peu probable.

VI. Les normes du droit international public relatives à la liberté de conscience et de religion, à l'interdiction de la discrimination religieuse et aux droits des parents en matière d'éducation religieuse

39. S'il y avait un conflit entre le droit international et le droit interne, les tribunaux canadiens seraient tenus d'appliquer celui-ci plutôt que celui-là. Cependant, même si le droit international n'a aucune primauté sur le droit interne canadien, les tribunaux canadiens et québécois s'inspirent souvent des instruments internationaux sur les droits de la personne, peu importe qu'ils lient formellement le Canada ou non, pour interpréter les Chartes canadienne et québécoise. En outre, les normes internationales servent souvent d'argument, sur le plan politique, à ceux qui désirent faire progresser la cause des droits de la personne ou, plus prosaïquement, promouvoir leurs intérêts propres. Il s'agit d'un argument puissant car rares sont les décideurs politiques qui voudraient encourir le reproche de ne pas respecter les normes internationales dans ce domaine.

40. Si l'on fait la synthèse des normes du droit international, les conclusions suivantes se dégagent (on constatera que les exigences découlant des normes internationales sont moins rigoureuses que celles prévues par la Charte canadienne et par la Charte québécoise) :

1) Le droit des parents d'assurer l'enseignement de leurs enfants conformément à leurs convictions s'exprime d'abord par la liberté d'envoyer leurs enfants dans une école privée, ce qui suppose le droit de créer et de diriger de telles écoles, mais l'État n'est pas tenu de subventionner les écoles privées, sauf peut-être dans le cas où elles appartiennent à une minorité religieuse (ce dernier point est cependant fortement controversé). Par contre, les États qui le désirent ont le droit de subventionner les écoles privées, à condition de le faire de façon non discriminatoire. Cela signifie notamment qu'ils doivent éviter de distinguer a priori entre les religions traditionnelles et celles qui sont nouvellement établies. De même, le fait que les adeptes d'une religion représentent la majorité de la population, ne justifie pas une discrimination contre les adeptes d'autres religions ou les non-croyants. Par ailleurs, les distinctions fondées sur des critères raisonnables et objectifs ne sont pas discriminatoires.

2) L'enseignement, à l'école publique, de sujets tels que l'histoire générale des religions et des idées est possible, à condition qu'il soit dispensé de façon neutre et objective. En outre, il semble préférable de prévoir également une possibilité de dispense, pour des raisons de conviction, à l'égard de cet enseignement.

3) L'éducation publique incluant l'enseignement d'une religion ou d'une conviction particulière est incompatible avec la liberté de conscience et de religion, à moins qu'elle ne prévoie des exemptions ou des possibilités de choix non discriminatoires correspondant aux vœux des parents ou des tuteurs. Le fait d'offrir l'alternative entre un enseignement confessionnel et un cours d'histoire des religions et de morale semble conforme aux instruments internationaux, si l'enseignement de l'histoire des religions est donné de façon neutre et objective (il semble préférable de prévoir également, pour des raisons de conviction, une possibilité de dispense à l'égard de ce dernier enseignement).

4) Bien que la question ne soit pas traitée directement par les instruments internationaux, la confessionnalité globale de l'enseignement public semble devoir être a fortiori contraire à ces derniers, à moins peut-être qu'il ne soit prévu, là encore, des exemptions ou des possibilités de

choix non discriminatoires correspondant aux vœux des parents ou des tuteurs (par exemple, un choix entre des écoles publiques confessionnelles et non-confessionnelles ou encore l'existence, à côté des écoles publiques confessionnelles, d'écoles privées confessionnelles subventionnées à égalité avec les écoles publiques).

5) Une interprétation exigeante du principe de non-discrimination, comme celle retenue dans le cadre des Chartes canadienne et québécoise, exigerait que si l'État organise un enseignement confessionnel d'une religion en particulier à l'école publique, il doive en faire autant pour toutes les religions dont les adeptes, présents en nombre suffisant dans une école, le demandent. Cependant, les normes internationales ne paraissent pas devoir être interprétées de façon aussi exigeante. Bien que cela ne soit pas entièrement clair, il semble que l'existence d'une possibilité de dispense à l'égard de l'enseignement confessionnel ou l'alternative entre celui-ci et un enseignement culturel ou moral neutre et objectif suffise à assurer la conformité avec les instruments internationaux, surtout si l'enseignement alternatif est lui-même susceptible de dispense. L'existence d'écoles religieuses privées subventionnées en tout ou en partie pourrait également être considérée comme atténuant l'obligation de l'État de respecter l'égalité religieuse à l'école publique. Ce relativisme tient au fait que les instruments internationaux lient un très grand nombre d'États qui connaissent, dans ce domaine, des régimes juridiques ou pratiques extrêmement divers et qu'il faut donc chercher à leur donner un sens compatible avec le plus grand nombre possible de situations.

