

La place de la religion dans les écoles publiques du Québec

José Woehrling*

I-	Principes généraux relatifs au contenu de la liberté de religion en droit canadien et québécois	6
A.	Le chevauchement entre la liberté de religion et l'interdiction de la discrimination religieuse.	6
B.	Les éléments constitutifs de la liberté de religion : le droit au libre exercice et l'obligation de neutralité de l'état en matière religieuse	7
C.	Le droit à « l'accommodement raisonnable » fondé sur la liberté de religion	15
D.	Les conditions à remplir pour invoquer la liberté de religion	22
II-	L'application des principes relatifs à la liberté de religion aux questions soulevées par la place de la religion dans les écoles publiques québécoises (à la lumière du droit comparé).	29
A.	Les conduites religieuses adoptées par les autorités scolaires.	32
1.	Les prières et les célébrations, cérémonies ou autres activités religieuses	32

* Professeur, Faculté de droit, Université de Montréal.

2. L'affichage ou l'installation de symboles religieux.	36
B. Les conduites religieuses adoptées par les élèves ou leurs parents	38
1. Les prières et les célébrations, cérémonies ou autres activités religieuses	38
2. Le port de signes religieux distinctifs.	41
a) Le foulard islamique et le turban sikh	41
b) Le <i>kirpan</i> (poignard) sikh	49
C. Les conduites religieuses adoptées par les enseignants : le port de signes religieux distinctifs	51
D. Les aménagements du calendrier scolaire	54
1. Les aménagements réclamés pour les élèves.	54
2. Les aménagements réclamés pour les enseignants.	56
Conclusion.	58

Cette étude tentera de dégager les principes régissant la place de la religion dans les écoles publiques québécoises, susceptibles d'être tirés de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹ et de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec². Les dispositions de la *Charte canadienne*³ et de la *Charte québécoise*⁴ relatives à la liberté de conscience et de religion ne présentent pas de différences significatives dans leur énoncé si bien que la jurisprudence et la doctrine disponibles, qui portent principalement sur l'article 2(a) de la *Charte canadienne*, peuvent également être transposées à l'article 3 de la *Charte québécoise*. Par ailleurs, les deux Chartes prohibent l'une et l'autre la discrimination fondée sur la religion⁵.

Dans une première partie, on commencera par rappeler l'interprétation générale qui a été donnée à la liberté de religion en droit canadien et québécois⁶, pour ensuite, dans une deuxième partie, l'appliquer aux questions soulevées par la place de la religion dans les écoles publiques du Québec. Dans cette deuxième partie, il sera également tenu compte de certains éléments de droit comparé permettant de mieux mettre en perspective les solutions canadiennes et québécoises.

-
1. La *Charte canadienne des droits et libertés* (ci-après : la *Charte canadienne*) est contenue dans la Partie I (art. 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. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1975, c. 6 ; L.R.Q., c. C-12 (ci-après : la *Charte québécoise*).
 3. L'article 2(a) énonce : « 2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes : (a) liberté de conscience et de religion ».
 4. L'article 3 énonce : « Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association ».
 5. *Charte canadienne*, art. 15(1) ; *Charte québécoise*, art. 10.
 6. Sur ce point, nous reprenons de façon synthétique, tout en les actualisant, certains des développements contenus dans : José WOEHLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », (1998) 43 *Revue de droit de McGill* 325-401.

I- PRINCIPES GÉNÉRAUX RELATIFS AU CONTENU DE LA LIBERTÉ DE RELIGION EN DROIT CANADIEN ET QUÉBÉCOIS

A. Le chevauchement 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 protections qui peuvent être invoquées de façon largement interchangeable. En effet, les règles 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 entraînant une discrimination directe ou indirecte fondée sur la religion. Inversement, les normes qui entraînent une discrimination au détriment de certaines personnes ou groupes en raison de leur religion pourront souvent être considérées comme restreignant leur liberté de religion, dans la mesure où l'inégalité de traitement entraîne une « pression à la conformité » qui peut équivaloir, si elle est assez sérieuse, à une forme de coercition. Au surplus, les tribunaux ont jugé qu'une obligation d'accommodement en matière religieuse pouvait apparaître autant en vertu de la liberté de religion que du droit à l'égalité. Enfin, on peut considérer que la liberté de religion comprend, de façon implicite, une exigence d'égalité en matière religieuse⁷. Dans les faits, les justiciables invoquent presque toujours les deux droits en parallèle, mais les tribunaux canadiens semblent avoir jusqu'à présent préféré traiter les affaires soulevant des questions relatives à la place de la religion sous l'angle de la liberté religieuse plutôt que sous celui de l'égalité et de la non-discrimination religieuses.

7. C'est le point de vue très clairement adopté par la Cour suprême dans ses deux premières décisions sur la liberté de religion, les arrêts *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295 et *R. c. Edwards Books*, [1986] 2 R.C.S. 713, décisions rendues à un moment où l'article 15 de la *Charte canadienne*, portant sur le droit à l'égalité, n'était pas encore en vigueur. Dans l'affaire *Big M Drug Mart Ltd.*, p. 336 et 337, le juge Dickson considère qu'une atteinte à la liberté de religion peut résulter soit d'une coercition étatique 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 autres.

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

Dans l'affaire *Big M Drug Mart Ltd.*⁸, où la Cour suprême avait pour la première fois l'occasion d'interpréter le contenu de la liberté de religion sous l'empire de la *Charte canadienne*, la compagnie requérante contestait la validité de la *Loi sur le dimanche* fédérale⁹ qui imposait la fermeture des magasins le dimanche pour des raisons d'observance religieuse. Parlant au nom de la Cour, le juge Dickson a reconnu que la liberté de religion possède deux composantes¹⁰. 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 autres¹¹. Sans doute faut-il considérer, bien que le point n'ait pas été directement abordé dans la décision, que la même neutralité s'impose à l'État entre, d'une part, les convictions religieuses, et, d'autre part, l'athéisme et l'agnosticisme, car l'article 2(a) protège au même titre la liberté de religion et la liberté de conscience¹².

Ces deux composantes de la liberté de religion 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

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

9. S.R.C. 1970, c. L-13.

10. *Big M Drug Mart Ltd.*, p. 336 et 337 (juge Dickson).

11. 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 Mart Ltd.*, 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'égalité.

12. C'est en tout cas la conclusion à laquelle sont arrivés les tribunaux américains sur le fondement du Premier amendement de la Constitution des États-Unis, lequel, contrairement à l'article 2(a) de la *Charte canadienne*, ne garantit pourtant expressément que la liberté de religion et non la liberté de conscience.

exercice, cela est évident. Pour ce qui est de l'exigence de neutralité de l'État, sa nécessité provient de ce qu'une intervention étatique en faveur d'une religion crée une pression incompatible sur la liberté de ceux dont la religion n'est pas ainsi 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 de soutenir 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. 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 neutralité¹³. 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 religion¹⁴.

Dans l'affaire *Big M Drug Mart*, le Procureur général du Canada, dans le but de défendre la validité de la *Loi sur le dimanche*, soulignait le fait qu'à la différence du premier Amendement américain, l'article 2(a) de la *Charte canadienne* ne contient pas de « clause de non-établissement » explicite et prétendait qu'il fallait en conclure que la protection de la liberté de religion, au Canada, ne vise que le libre exercice. La Cour suprême a néanmoins consacré l'existence du principe de neutralité en jugeant inconstitutionnelle la *Loi sur le dimanche* parce qu'elle avait une visée religieuse et non laïque¹⁵.

13. « Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof [...] ». Sur la liberté de religion en droit constitutionnel américain, voir notamment : Laurence TRIBE, *American Constitutional Law*, 2d ed., Mineola (N.Y.), Foundation Press, 1988, p. 1154 et s. ; John E. NOWAK, Ronald D. ROTUNDA & J. Nelson YOUNG, *Constitutional Law*, 2^e éd., St. Paul (Minn.), West Publishing Co., 1983, p. 1028 et s.

14. Voir : Francis MESSNER, Pierre-Henri PRÉLOT et Jean-Marie WOEHLING, *Traité de droit français des religions*, Paris, Litec, 2003, p. 421 et s. ; Jean-Marie WOEHLING, « Réflexion sur le principe de neutralité de l'État en matière religieuse et sa mise en œuvre en droit français », (1998) 101 *Archives de sciences sociales des religions* 31-52.

15. Dans l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*, l'objet de la loi fédérale contestée, qui interdisait l'ouverture des commerces le dimanche, était d'astreindre l'ensemble de la population à l'observance religieuse chrétienne, ce qui était incompatible avec la

Par ailleurs, deux décisions postérieures de la Cour d'appel de l'Ontario illustrent la portée de cette obligation de neutralité dans le contexte de l'enseignement public. Dans *Zylberberg*¹⁶ la Cour a jugé inconstitutionnel, car incompatible avec l'article 2(a) de la *Charte canadienne*, un règlement scolaire prévoyant la récitation de prières chrétiennes à l'école publique, 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 Association*¹⁷, la même Cour d'appel a jugé contraire à l'article 2(a) 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

liberté de religion garantie par la *Charte canadienne* ; la loi a donc été invalidée. Dans l'arrêt *R. c. Edwards Books*, l'objet de la loi ontarienne, qui prohibait de la même façon l'ouverture dominicale des magasins, était de procurer un jour commun de repos hebdomadaire aux employés du commerce de détail, ce que la Cour a évidemment considéré comme un objet légitime. Elle a validé la loi comme restreignant de façon raisonnable et justifiable la liberté de religion. Pour des auteurs concluant à l'existence d'un principe de neutralité religieuse de l'État découlant de la *Charte canadienne*, voir notamment : Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 1031-1033. 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 2(a) 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. BAYEFISKY & M. EBERTS (dir.), *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1985, p. 131, p. 170. Dans le même ordre d'idées, l'obligation de neutralité de l'État en matière religieuse découle également, outre les articles 2(a) 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 Ltd.*, p. 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'article 27 [...] ».

16. *Zylberberg c. Sudbury Board of Education*, (1988) 65 O.R. (2d) 641 (C.A. Ont.), autorisation d'appel en Cour suprême refusée.
17. *Canadian Civil Liberties Association c. Ontario (Minister of Education)*, (1990) 71 O.R. (2d) 341 ; 65 D.L.R. (4th) 1 (C.A. Ont.), autorisation d'appel en Cour suprême refusée.

le règlement, étant donné que la pression du conformisme pourrait dissuader certains parents de s'en prévaloir par peur d'un stigmate social¹⁸. 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 permis à l'école publique¹⁹.

Renvoyant à ces deux décisions de la Cour d'appel de l'Ontario, le juge Sopinka de la Cour suprême du Canada, affirmait dans l'affaire *Adler*²⁰ que « [c]e caractère laïque [des écoles publiques] est lui-même prescrit par l'al. 2(a) de la *Charte*, comme l'ont statué plusieurs tribunaux au Canada ». Autrement dit, la *Charte* impose que les écoles publiques soient laïques (*secular* en anglais), c'est-à-dire qu'elles respectent le principe de neutralité.

Enfin, plus récemment, dans l'affaire *Village de Lafontaine*²¹, le juge LeBel (parlant en son nom et en celui des juges Bastarache et Deschamps) a examiné, en *obiter dictum*, la question de l'existence et de la portée d'une obligation de neutralité religieuse de l'État comme élément constitutif de la liberté de religion garantie par la *Charte canadienne* (les faits de l'affaire et les différentes positions adoptées par les membres de la Cour sont analysés plus loin). Voici comment le juge LeBel s'exprime sur cette question :

18. Il faut souligner que les juges ontariens ont interprété la liberté de religion de façon plus exigeante que les normes internationales. Il semble en effet 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 soit généralement considérée comme suffisante pour assurer la conformité avec la liberté de religion garantie dans les instruments internationaux ; dans ce sens, voir l'*Observation générale n° 22 (48) (art. 18) sur la liberté de religion* du Comité des Nations Unies des Droits de l'Homme, Doc. N.U. CCPR./C/21/Rev. 1/add.4, 20 juillet 1993, par. 6.

19. Les principes posés dans ces deux décisions ne sont évidemment pas applicables aux écoles privées. Au contraire, dans l'affaire *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, la Cour suprême, de façon implicite, a fait découler de l'article 2(a) 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 fût « approprié ». 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 ».

20. *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609, 705 (j. Sopinka).

21. *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, 2004 CSC 48 ; [2004] 2 R.C.S. 650.

Cette liberté fondamentale [la liberté de religion] impose à l'État et aux pouvoirs publics, une obligation envers l'ensemble des religions et des citoyens, soit une obligation de neutralité religieuse garante de la tolérance individuelle ou collective, préservatrice de la dignité de chacun et de l'égalité de tous. (par. 65). Cette neutralité est apparue au terme d'une longue évolution historique, commune à beaucoup de pays partageant aujourd'hui les traditions démocratiques occidentales. L'histoire du Canada constitue un exemple de cette expérience historique qui a permis de distendre, sinon de dissoudre les liens entre l'État et les Églises. [...] Ainsi, au moment de la Confédération, en 1867, le concept de neutralité religieuse impliquait principalement le respect des confessions chrétiennes. Les règles constitutionnelles que l'on retrouvait notamment, à l'origine, dans l'article 93 de *Loi constitutionnelle de 1867* au sujet des droits scolaires illustrent cette réalité. (par. 66) Depuis ce temps, l'apparition et l'influence croissante de nouvelles conceptions philosophiques, politiques et juridiques sur l'organisation et les bases de la société civile ont graduellement dissocié les fonctions des Églises et de l'État, comme d'ailleurs l'impact de l'évolution démographique du Canada ainsi que de son urbanisation et de son industrialisation. Sans exclure les religions et les Églises de la sphère des débats publics, cette évolution nous a amenés à situer davantage la vie religieuse et les choix qu'elle implique dans le domaine de la vie privée des individus ou des associations volontaires [...]. Ces changements sociaux tendent à créer une distinction nette entre les Églises et les autorités publiques, qui impose à celles-ci une obligation de neutralité. Sans faire abstraction des héritages historiques de notre pays, la jurisprudence de notre Cour reconnaît cet aspect de la liberté de religion. Cette conception de la neutralité laisse une place importante aux Églises et à leurs membres dans l'espace public où se déroulent les débats sociaux, mais voit dans l'État un acteur essentiellement neutre dans les rapports entre les diverses confessions et entre celles-ci et la société civile. (par. 67) Dans ce contexte, il n'appartient plus à l'État de donner un appui actif à une religion particulière, ne serait-ce que pour éviter de s'ingérer dans la vie religieuse de ses membres. L'État est tenu au respect de confessions diverses dont les valeurs ne se concilient pas toujours aisément [...]. (par. 68)

On verra plus loin quelles sont les conséquences que tire le juge LeBel de ce principe de neutralité en ce qui concerne l'obligation d'accommodement s'imposant aux autorités publiques.

La jurisprudence 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, lorsque, comme dans les Chartes canadienne et québécoise, un tel principe ne figure pas au texte constitutionnel, invoquer le droit au libre exercice de la religion sous sa forme négative. Dans le premier

cas, tout appui significatif de l'État à une religion pourrait être considéré comme interdit ; 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 l'appui apporté par l'État à une religion, qu'un tel appui a des aspects discriminatoires ou encore qu'il a pour effet de créer une pression sociale 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 puisque certaines au contraire favorisent l'exercice de la liberté religieuse des uns sans limiter celle des autres. Ainsi, par exemple, les tribunaux canadiens ont jugé que les prières et l'enseignement confessionnel organisés par les autorités scolaires dans les écoles publiques restreignaient de façon non justifiable la liberté de religion, même si une possibilité de dispense était prévue, car le fait de devoir demander celle-ci risquait d'entraîner une stigmatisation par les pairs et, par conséquent, une coercition indirecte sur les élèves et leurs parents. Ici, par conséquent, l'obligation de laïcité entraîne la nécessité de mettre fin à cette forme de manifestation religieuse, dans la mesure où celle-ci est le résultat d'une initiative des autorités scolaires elles-mêmes. Par contre, les tribunaux ont également jugé que la liberté de religion imposait une obligation d'accommodement, dans les écoles publiques, en matière de congés scolaires et de port de signes religieux par exemple. Ici, par conséquent, le principe de neutralité ne s'oppose pas à des manifestations religieuses à l'école, dans la mesure où celles-ci résultent de l'initiative des élèves eux-mêmes et constituent une forme d'exercice de leur liberté religieuse. Autrement dit, la neutralité religieuse s'impose à l'État et aux autorités publiques, mais elle ne s'impose pas aux individus.

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 neutralité. Et de fait, un tel relativisme se trouve encore accentué dans le cadre de la Constitution canadienne, en raison notamment de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*²² qui consacre certains droits confessionnels aux catholiques et aux protestants en matière d'éducation²³. Le principe de neutralité

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

23. Le membre de phrase du préambule de la *Charte canadienne* « Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu ... » n'a jusqu'à présent pas joué de rôle important, en jurisprudence, pour définir la

est donc nécessairement moins rigoureux au Canada qu'aux États-Unis²⁴. Ainsi, aux États-Unis, la clause de non-établissement est considérée comme interdisant toute aide financière directe de l'État aux écoles confessionnelles. Par contre au Canada, le principe de neutralité religieuse découlant de la liberté de religion ne devrait pas être considéré comme empêchant l'État d'aider financièrement les écoles confessionnelles, à condition qu'il le fasse sans privilégier ni défavoriser aucune religion par rapport aux autres²⁵.

nature des rapports entre l'État et les religions. On peut relever un *obiter dictum* peu convaincant dans une décision de la Cour fédérale voulant que la mention de Dieu dans le préambule empêcherait par exemple le Canada de se proclamer un État officiellement athée : *O'Sullivan c. Ministre du Revenu national*, [1992] 1 C.F. 522, 536 (j. Muldoon). Dans l'affaire *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, 2002 CSC 86 ; [2002] 4 R.C.S. 710, les juges Gonthier et Bastarache, dissidents (mais pas sur le sens du concept de laïcité contenu dans une loi de la Colombie-Britannique qu'il convenait d'interpréter) affirment que la reconnaissance de la suprématie de Dieu dans le préambule interdit d'adopter la position selon laquelle la laïcité empêche l'opinion morale qui traduit une croyance fondée sur une religion de s'exprimer sur la place publique (par. 137).

24. De nombreux auteurs prennent la position selon laquelle le principe de neutralité reconnu au Canada doit être considéré comme moins rigoureux que le principe de non-établissement aux États-Unis ; voir notamment : Brun et Tremblay, *op. cit.*, p. 1031-1032 ; Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Scarborough, Thomson-Carswell, 2005, p. 945 ; BLACK, *loc. cit.*, 165 ; Irwin COTLER, « Freedom of Conscience and Religion », dans G.A. Beaudoin et E. Ratushny (dir.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1989, p. 165, 166, 201 ; Bruce RYDER, « State Neutrality and Freedom of Conscience and Religion », (2005) 29 S.C.L.R. (2d) 169, 174-179. Voir également 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, 60-61 : « [...] aid to religion should be constrained by only two considerations. It must not create an « element of religious compulsion » on the part of any believers or non-believers in a given faith. Also, while government aid may properly create the impression that the state is supportive of religion as it is of other mediating institutions, it should not create the impression that it has singled out a particular faith, or religiosity over non-religiosity, for endorsement. Endorsement, even if it does not compel behaviour on the part of the minority, defeats the pluralism and multiculturalism that are a central part of religion's value to society » (notes infra-paginales omises).
25. Dans *Big M Drug Mart Ltd.*, p. 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 privées ; la question n'a pas davantage été clairement tranchée dans l'arrêt *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609, où la Cour suprême a par contre décidé que la *Charte canadienne* n'obligeait pas l'État à fournir un tel soutien. Cependant, dans un *obiter* de la principale opinion majoritaire, le juge Iacobucci mentionne en passant, mais dans un contexte qui ne permet pas de considérer que la question a été abordée en toute connaissance de cause, que :
« [...] la province pourrait, si elle le désirait, adopter une loi prévoyant le financement d'écoles confessionnelles autres que les écoles catholiques romaines, sans porter atteinte aux droits garantis aux écoles catholiques romaines séparées en vertu du par. 93(1) » (par. 48). On constate que le juge Iacobucci n'aborde pas la

En fait, comme le montre le droit comparé, différentes formes de neutralité de l'État en matière de religion – ou de « laïcité » – sont imaginables, depuis une neutralité stricte et hostile 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 sur un pied d'égalité. 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, de même qu'il ne privilégie ou ne défavorise pas les convictions religieuses par rapport aux convictions athées ou agnostiques, ou vice-versa.

Comme nous l'avons vu précédemment la définition donnée par les juges dissidents dans l'affaire *Lafontaine* au principe de neutralité religieuse contenu dans la *Charte canadienne* est restée assez générale, même si elle va plutôt dans le sens d'une neutralité bienveillante que dans celui d'une neutralité hostile (d'ailleurs nous constaterons plus loin qu'elle n'a pas empêché ces juges de conclure à l'existence d'une obligation d'accommodement en faveur d'un groupe religieux à la charge de la municipalité défenderesse). Mais c'est dans une autre décision, portant sur le concept de « laïcité » (*secularism*) contenu dans une loi provinciale, que la Cour a adopté plus clairement, et de façon unanime, une interprétation ouverte et tolérante du principe de neutralité religieuse de l'État, interprétation qu'elle transposera sans doute au même concept découlant de la *Charte canadienne* lorsque l'occasion s'en présentera. Dans l'affaire *Chamberlain*²⁶, la Cour devait se prononcer sur la légalité du refus d'un Conseil scolaire de la Colombie-Britannique d'approuver, comme ressources d'apprentissage complémentaires pour la maternelle et la première année, trois manuels illustrant des situations de familles homoparentales. La question était de savoir si le Conseil avait bien appliqué les critères qu'exigeait la *School Act*, particulièrement celui voulant qu'il prenne ses décisions selon des « principes strictement laïques et non confessionnels » (*secular and non sectarian*). Si la Cour s'est divisée à 7 contre 2 sur le choix de la norme de contrôle applicable, les juges majoritaires arrivant à la conclusion que la décision du Conseil était déraisonnable, les juges minoritaires à celle qu'elle avait été prise dans les limites du pouvoir discrétionnaire conféré par la loi, tous les membres de la Cour ont cependant interprété le

question de la compatibilité du financement d'écoles religieuses privées avec le principe de neutralité religieuse contenu dans la liberté de religion. Par ailleurs, en pratique, plusieurs provinces canadiennes, dont le Québec, financent les écoles religieuses privées dans une mesure variable selon la province considérée.

26. *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, 2002 CSC 86 ; [2002] 4 R.C.S. 710.

concept de laïcité comme n'excluant nullement qu'un organisme public comme un Conseil scolaire prenne des décisions fondées en tout ou en partie sur des considérations religieuses, mais comme exigeant qu'aucune conception particulière de la moralité ne doive servir à rejeter ou à écarter des points de vue opposés. L'obligation de laïcité mise à la charge du Conseil visait à promouvoir la tolérance et la diversité d'opinions, et non à faire en sorte que la religion disparaisse de l'échiquier. Elle ne limitait aucunement la liberté des membres du Conseil scolaire d'adhérer à une doctrine condamnant l'homosexualité, mais interdisait au Conseil de prendre des décisions reflétant cette doctrine dans la mesure où elles traduisaient le refus de reconnaître la validité d'autres points de vue²⁷.

La mise en pratique d'une neutralité ou laïcité rigide et négative interprétée comme exigeant l'exclusion de la religion de la sphère publique (notamment des écoles publiques) rentrerait évidemment en conflit avec l'idée qu'il faut adapter les normes ou les politiques publiques aux exigences d'une religion, car cela revient à favoriser l'exercice de celle-ci²⁸. Par contre, un concept de laïcité ouverte et tolérante, laissant s'exprimer les convictions religieuses sous réserve qu'elles ne nuisent pas à autrui, est parfaitement compatible avec l'idée d'accommodement. De fait, comme nous le verrons maintenant, la jurisprudence des tribunaux canadiens a reconnu qu'une obligation d'accommodement en matière religieuse découle des deux volets de la liberté de religion (tout comme elle découle également du droit à l'égalité et de l'interdiction de la discrimination fondée sur la religion).

C. Le droit à « l'accommodement raisonnable » fondé sur la liberté de religion

Dans les arrêts *Big M Drug Mart* et *Edwards Books*, la Cour suprême a reconnu que lorsqu'une loi qui poursuit un objectif séculier valide entraîne néanmoins des effets restrictifs sur la liberté de reli-

27. Voir notamment les motifs de la juge en chef McLachlin aux par. 19, 21, 25 27 et 59 ; du juge LeBel (concurrent) par. 208, 209 et 211 ; des juges Gonthier et Bastarache (dissidents) par. 137, 138 et 139.

28. D'un point de vue tactique et rhétorique, un tel raisonnement serait séduisant pour qui voudrait s'opposer à certaines formes d'accommodement, par exemple au port des signes religieux dans certains espaces publics comme les écoles publiques. En effet, le refus de telles pratiques pourrait alors se faire au nom de la liberté de religion elle-même, comprise comme exigeant la neutralité de l'État en matière religieuse, plutôt qu'en invoquant des considérations moins « sympathiques » comme les nécessités de la discipline scolaire ou du maintien de l'ordre public.

gion de certaines personnes, celles-ci ont le droit d'obtenir des accommodements, notamment sous forme d'une exemption d'application de la loi, à condition qu'une telle solution soit compatible avec l'intérêt public²⁹. L'exemption sera refusée 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 Books*, 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 détail* 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.*³⁰, 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 à leur égard*, ce qui revenait à accorder à ces personnes une « exemption constitutionnelle » à l'égard de la loi pour autant que celle-ci violait leur liberté de religion.

29. L'obligation d'accommodement peut également être fondée sur le droit à l'égalité lorsque l'accommodement est la mesure nécessaire pour éliminer les effets d'une discrimination directe ou indirecte. En 1999, la Cour suprême a clos une controverse doctrinale et jurisprudentielle qui durait depuis une quinzaine d'années sur le point de savoir s'il pouvait également y avoir obligation d'accommodement raisonnable dans certains cas de discrimination directe. 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 », celui-ci se trouve-t-il dès lors déchargé de toute obligation ou doit-il néanmoins s'efforcer d'accommoder les employés touchés par la politique en cause ? La Cour a finalement retenu la deuxième solution, mettant ainsi fin, pour ce qui est de l'existence de l'obligation d'accommodement, à la distinction entre discrimination directe et discrimination indirecte ; voir : *Colombie-Britannique (Public Service Employees Relations Commission) c. BCGEU*, [1999] 3 R.C.S. 3, 32 ; *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868. Pour justifier une norme directement discriminatoire, en vertu d'une loi concernant les droits de la personne, le défendeur doit prouver, entre autres, « que la norme est raisonnablement nécessaire à la réalisation de son but ou objectif en ce sens que le défendeur ne peut pas composer avec les personnes qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que cela lui impose une contrainte excessive », p. 880. Cette controverse avait de toute façon peu d'intérêt pour le sujet qui nous intéresse car dans l'immense majorité des situations où il y a discrimination fondée sur la religion, celle-ci est indirecte et provient du fait que des règles neutres, applicables à tous, entraînent des effets défavorables pour certaines personnes à cause de leur religion. La discrimination directe fondée sur la religion est aujourd'hui très rare.

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

Cette décision de la Cour d'appel de l'Ontario a été renversée par la Cour suprême dans l'arrêt *Edwards Books*. À la majorité, 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, les juges majoritaires estimèrent que les exemptions déjà prévues dans la loi constituaient un accommodement suffisant et que l'addition d'exemptions supplémentaires mettrait en péril l'efficacité des mesures législatives en cause. Au contraire, la Cour d'appel avait 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 jour quelconque autre que le dimanche pour des raisons religieuses.

On peut ajouter que l'obligation d'accommodement découle à la fois de l'un et de l'autre des deux volets de la liberté de religion, comme l'illustrent les affaires *Big M Drug Mart* et *Edwards Books*. En effet, une loi interdisant l'ouverture des commerces le dimanche, d'une part, porte atteinte au libre exercice en pénalisant ceux dont le jour férié religieux tombe sur un jour de la semaine, et, d'autre part, porte également atteinte au principe de neutralité religieuse de l'État puisque, malgré son apparence neutre, elle n'est pas neutre dans ses effets et ne pénalise que ces derniers, par opposition à ceux dont le jour férié religieux tombe le dimanche (si elle pénalisait d'égalité façon tous ceux qui observent un jour férié religieux, elle ne contreviendrait qu'au libre exercice).

Enfin, il faut mentionner que, dans l'affaire *Lafontaine*, le juge LeBel est venu préciser que, si le principe de neutralité religieuse exige des autorités publiques qu'elles adoptent les accommodements nécessaires pour écarter les obstacles à l'exercice de la religion qu'elles ont elles-mêmes créés ou qu'elles ont contribué à créer, il

s'oppose par contre aux accommodements qui seraient destinés à écarter un empêchement à l'exercice de la religion qui serait uniquement le fait d'un particulier et dans lequel l'autorité publique n'aurait aucune part.

Cette affaire mettait aux prises une Congrégation de témoins de Jéhovah et une municipalité québécoise. Le règlement municipal de zonage prévoyait explicitement la possibilité de construire des édifices de culte dans une zone déterminée mais dans cette zone seulement. Après avoir fait des démarches, les témoins prétendaient qu'aucun propriétaire dans la zone autorisée n'était disposé à leur vendre un terrain pour construire leur Salle du Royaume, ce que contestait la municipalité, et ils demandaient à cette dernière de modifier le zonage pour leur permettre de construire sur un terrain qu'ils avaient acheté dans une autre zone (commerciale), ce que la municipalité avait refusé sans motiver sa décision. En première instance, le juge avait conclu, sur la base de la preuve, qu'un des propriétaires dans la zone autorisée était bel et bien disposé à vendre un terrain à la Congrégation et il avait donc donné tort à celle-ci. En Cour d'appel³¹, les trois juges formant le banc ont estimé que le premier juge avait fait erreur dans l'appréciation de la preuve. Cependant, les juges Gendreau et Pelletier, formant la majorité, ont ensuite conclu que, l'absence de terrain disponible dans la zone permise n'étant nullement imputable à la municipalité, celle-ci n'avait aucune obligation de prendre une mesure positive pour favoriser la liberté de religion qu'elle n'avait pas violée par son action. Autrement dit, ils estimaient que l'obligation d'accommodement n'existe que dans les cas où l'obstacle à l'exercice de la religion provient entièrement d'une norme ou d'un comportement adopté par l'autorité publique. Aucune telle obligation n'incombe par contre à celle-ci lorsque l'empêchement provient, entièrement ou partiellement, de l'attitude d'un tiers particulier. Par contre, le juge en chef Robert, dissident sur ce point, était d'avis que la Congrégation était privée de son droit d'établir un lieu de culte par la *combinaison* de la non-disponibilité de terrains et de l'application du règlement par la municipalité, ce qui entraînait à l'égard de celle-ci un devoir d'accommodement.

En Cour suprême³², cinq des neuf membres de la Cour ont adopté une solution fondée sur des considérations de droit administratif qui les dispensait d'aborder les problèmes soulevés sous l'angle

31. [2002] R.J.Q. 3015.

32. *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, 2004 CSC 48 ; [2004] 2 R.C.S. 650.

de la liberté de religion³³. En effet, ils ont jugé qu'en ne motivant pas son refus de modifier le zonage, la municipalité n'avait pas respecté son obligation d'équité procédurale et agi de manière arbitraire. L'affaire devait donc être renvoyée à la municipalité pour qu'elle réexamine la demande de modification de zonage³⁴.

Quatre autres membres de la Cour ont jugé qu'en l'absence d'erreur manifeste, la Cour d'appel ne pouvait réviser la constatation de fait du premier juge relativement à la disponibilité d'un terrain. Cette constatation, fondée sur l'appréciation de la crédibilité des témoins, devait être rétablie, ce qui justifiait le rejet de la demande des Témoins de Jéhovah puisqu'il n'était plus possible dès lors de conclure à l'atteinte à leur liberté de religion (rien n'empêchant la Congrégation de construire son édifice de culte sur le terrain disponible dans la zone permise). Cependant, dans un deuxième temps, à cause de l'importance des arguments relatifs à la liberté de religion débattus devant la Cour par les parties et les intervenants, trois de ces quatre juges, le juge LeBel, qui rédige leurs motifs, et les juges Bastarache et Deschamps, ont estimé nécessaire de procéder à l'étude des questions soulevées en partant de l'hypothèse de l'absence de terrain disponible³⁵. Ils sont arrivés à la conclusion que, dans une telle situation, il y aurait effectivement atteinte à la liberté de religion de la Congrégation, celle-ci se trouvant alors dans l'impossibilité de construire son lieu de culte sur l'ensemble du territoire de la municipalité. Au surplus, contrairement à la conclusion de la majorité de la Cour d'appel, cette atteinte ne serait pas strictement imputable aux propriétaires qui refusent de vendre leurs terrains. L'atteinte résulterait non pas de l'existence du règlement de zonage, mais plutôt du refus de la municipalité de l'adapter pour tenir compte d'une situation de fait où aucun terrain n'est disponible dans la zone autorisée. Autrement dit, pour le juge LeBel, l'obligation d'accommodement n'apparaît pas seulement lorsque l'obstacle à la liberté de religion est

33. Il s'agit de la juge en chef McLachlin, qui rédige les motifs, et des juges Iacobucci, Binnie, Arbour et Fish.

34. Cette attitude des juges majoritaires est étonnante dans la mesure où la Cour avait autorisé l'intervention de l'Alliance évangélique du Canada, de l'Église adventiste du septième jour et de l'Association canadienne des libertés civiles qui, toutes les trois, étaient intervenues pour présenter des arguments relatifs à la liberté de religion. N'était-il pas illogique d'autoriser des interventions n'ayant que pour seul but d'élargir le débat sur la liberté de religion, pour ensuite adopter une solution rendant celui-ci entièrement superflu ?

35. Le dernier membre de la Cour, le juge Major, était d'accord avec les autres trois juges dissidents relativement à leurs conclusions sur les constatations de fait du juge de première instance et sur l'absence d'atteinte à la liberté de religion, mais il ne s'est pas associé à leur examen de la portée de celle-ci dans l'hypothèse de la non-disponibilité d'un terrain.

entièrement créé par l'autorité publique, mais également lorsqu'il résulte de la combinaison de l'attitude de celle-ci avec une situation de fait indépendante de sa volonté.

Une fois ce point établi, le juge LeBel a soulevé la question du conflit susceptible d'exister entre une telle obligation d'accommodement et l'obligation de neutralité religieuse qui s'impose à la municipalité. Il s'exprime ainsi sur la question :

La municipalité, tenue de faire preuve de neutralité religieuse, doit veiller à aménager sa réglementation afin d'éviter d'imposer des obstacles inutiles à l'exercice des libertés religieuses. Elle n'a cependant pas à fournir une assistance quelconque aux différents groupes religieux ni à les aider activement à régler toutes les difficultés qu'ils peuvent éprouver dans leurs négociations avec des tiers pour implanter un lieu de culte. Ainsi, en l'espèce, la municipalité n'avait pas à assurer aux appelants l'accès à un terrain qui correspondait davantage à leurs critères de sélection. Une telle aide serait incompatible avec son obligation de neutralité, car elle signifierait que la municipalité manipulerait ses normes réglementaires en faveur d'une religion particulière. Un tel appui donné à un groupe religieux pourrait donc porter atteinte à la neutralité nécessaire à l'égard de tous.³⁶

Le juge LeBel ajoute ensuite que, même si « en principe, les libertés fondamentales [...] emportent seulement une obligation négative pour l'État, qui doit simplement s'abstenir d'intervenir [...] », « [p]ar contre, lorsque l'État crée une situation qui a pour effet d'entraver l'exercice d'une liberté, il peut alors être tenu de prendre des mesures positives pour mettre fin à cette atteinte »³⁷. En l'espèce, estime-t-il, l'on est bien en présence d'une telle situation « où la liberté de religion ne pourrait avoir une signification réelle sans une intervention positive des pouvoirs publics ». Par conséquent, « [u]ne telle intervention positive étant nécessaire, elle constituerait une limite raisonnable au principe de neutralité de l'État »³⁸. Si l'on combine cette conclusion avec la précédente relative à l'effet de l'attitude des tiers, il faut comprendre que l'obligation d'intervention de l'autorité publique pour écarter un obstacle à l'exercice de la liberté de religion existe dans les cas où cet obstacle est la seule conséquence de l'attitude de l'autorité publique elle-même ou une conséquence de celle-ci associée à une situation de fait résultant de l'attitude d'un tiers. Par contre, si l'obstacle provient entièrement de l'attitude d'un

36. Par. 71.

37. Par. 78.

38. Par. 79.

tiers, non seulement l'autorité publique n'est-elle pas tenue d'agir pour écarter l'obstacle, mais l'obligation de neutralité le lui interdirait³⁹.

L'accommodement raisonnable peut prendre plusieurs formes. Il 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 a un effet discriminatoire sur ceux dont la religion les oblige à avoir sur eux en permanence un poignard 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*. De même, la condition qui exige des employés – des enseignants par exemple – qu'ils soient présents au travail certains jours qui constituent pour eux des fêtes religieuses produit à leur égard un effet discriminatoire et contraire à leur liberté de religion. 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 cause⁴⁰. 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 la cafétéria d'une école produit un effet discriminatoire et contraire à leur liberté de religion sur les personnes de religion juive ou musulmane. L'accommodement consistera à leur offrir des repas différents.

39. Le professeur Bruce Ryder, *loc. cit.*, p. 185, critique de la façon suivante l'opinion du juge LeBel voulant que l'obligation de neutralité interdit à une autorité publique d'offrir un accommodement lorsque celui-ci n'est pas destiné à écarter un obstacle au libre exercice provenant en tout ou en partie de l'État : « LeBel J.'s comments appear to be taking the conception of religious neutrality in a direction more consonant with American constitutional traditions. Canadian jurisprudence has not insisted on a « wall of separation » between church and state, nor on a principle of state non-involvement in matters religious. To the contrary, our jurisprudence places a positive value on the protection and promotion of religious pluralism. As discussed above, the preamble to the *Charter*, by affirming that Canada « is founded upon principles that recognize the supremacy of God » – when read in conjunction with the *Charter*'s commitments to religious freedom, religious equality and multiculturalism – suggests that the *Charter* should be interpreted in a manner that permits the state to foster a religiously-positive pluralism. The state may nourish religious expression and foster the vitality of religious communities, so long as it does so in an even-handed manner. Freedom of religion should not be interpreted as imposing a duty on the state to refrain from even-handed religious support. ».

40. *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525 (l'obligation d'accommodement est fondée ici sur le droit à l'égalité et l'interdiction de la discrimination contenus dans l'article 10 de la *Charte québécoise*).

L'accommodement peut être imposé par un tribunal, mais il peut également être négocié à l'amiable et volontairement consenti. Ainsi, dans un avis du Conseil des communautés culturelles et de l'immigration du Québec⁴¹, 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. Le même arrangement pourrait s'appliquer dans le cadre d'une école publique.

Enfin, l'accommodement peut être recommandé par une commission des droits de la personne, comme l'illustre un document de la Commission des droits de la personne du Québec recommandant l'accommodement pour le port du *hijab* dans les écoles publiques⁴².

D. Les conditions à remplir pour invoquer la liberté de religion

L'examen de la jurisprudence montre que, pour prouver qu'une norme restreint sa liberté de religion, le plaignant doit démontrer qu'elle l'oblige à faire ce que ses croyances lui interdisent ou l'empêche de respecter un précepte important de son code moral ou encore sans l'en empêcher, entraîne pour lui des difficultés importantes à le faire ou lui impose des inconvénients financiers résultant de coûts additionnels ou de la perte d'un avantage. Une distinction doit donc être faite entre, d'une part, les cas où la règle de droit empêche ou rend plus difficile de faire ce que la croyance prescrit – ou encore oblige de faire ce que la croyance interdit – et, d'autre part, les cas où la règle de droit empêche de faire ce que la croyance permet. Seules les deux premières situations devraient être considérées comme entraînant une restriction de la liberté de religion. Dans la dernière situation, comme le précepte religieux est purement permissif, il

41. *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.

42. *Le port du foulard islamique dans les écoles publiques. Aspects juridiques*, par M^e Pierre Bosset, conseiller juridique, Direction de la recherche, Commission des droits de la personne du Québec. Document adopté à la 388^e séance de la Commission, tenue le 21 décembre 1994, par sa résolution COM-388-6.1.3.

n'entre pas en conflit avec la règle de droit qui prohibe ce qu'il autorise. Ainsi, le fait qu'une religion permette l'avortement ne la met pas en conflit avec une disposition législative qui, au contraire, prohibe l'interruption de grossesse ; le fait qu'une religion autorise la polygamie ne la rend pas incompatible avec une loi qui l'interdit.

Se pose ensuite la question du lien de causalité qui doit exister entre la règle de droit contestée et la restriction de la liberté de religion. À ce sujet, le juge en chef Dickson a indiqué, dans l'arrêt *Edwards Books*, « qu'il est sans importance que la coercition soit directe ou indirecte, délibérée ou involontaire, prévisible ou imprévisible ». Dans cette affaire, la Cour a jugé qu'une loi obligeant tous les commerçants à fermer leur commerce le dimanche restreint la liberté de religion des détaillants et consommateurs qui observent un jour de repos hebdomadaire autre que le dimanche, en ce qu'elle rend plus onéreuse ou plus difficile pour ces personnes la mise en pratique de leurs préceptes religieux. La loi exerce sur ces personnes une pression indirecte sous la forme d'un désavantage d'ordre concurrentiel et, pour les consommateurs, de possibilités réduites de magasinage. La majorité a cependant conclu que la restriction était justifiable au sens de l'article 1 de la *Charte canadienne*⁴³.

L'effet restrictif de la règle de droit sur la croyance ou la pratique religieuse doit être suffisamment grave pour qu'il y ait atteinte à la liberté de religion ou de conscience. Ainsi, dans *R. c. Jones*⁴⁴, la Cour a jugé que l'obligation, pour la personne qui éduque ses enfants entièrement à son domicile, de faire attester le caractère approprié de cet enseignement n'entraînait pas de restriction de la liberté de religion, l'effet des dispositions législatives étant trop minime.

La personne qui invoque une croyance ou un précepte religieux devrait d'abord prouver l'existence de celui-ci. Cela revient à imposer au requérant une sorte de critère objectif. À cette vérification objective de l'existence du précepte invoqué devrait ensuite s'ajouter celle, subjective, de la sincérité de celui qui s'en réclame. Cependant, on constate que les tribunaux canadiens, à l'instar de ceux des États-Unis, sont portés à éviter la formulation d'une définition objec-

43. Les affaires *Zylberberg* et *Canadian Civil Liberties Association*, précitées, sont deux autres cas dans lesquels le tribunal est arrivé à la conclusion qu'une restriction de la liberté de religion peut résulter d'une pression indirecte, en l'occurrence la crainte du stigmate social que pourraient éprouver des parents s'ils devaient demander aux autorités scolaires une dispense de récitation des prières ou d'éducation religieuse pour leurs enfants.

44. *R. c. Jones*, précité.

tive de la religion ou de se prononcer quant à la nature des croyances invoquées. Ils tendent donc à donner plus d'importance au critère subjectif de la sincérité de ceux qui veulent obtenir un accommodement. En fait, le problème se pose différemment selon que le précepte invoqué fait partie des enseignements d'une religion traditionnelle et bien établie ou de ceux d'une religion nouvelle et peu connue, ou encore qu'il n'appartient à aucune religion existante mais reste propre à la personne qui s'en réclame.

Les problèmes les plus difficiles se posent lorsque la conviction invoquée est propre au seul requérant et ne fait partie d'aucune religion connue. En principe, rien ne devrait empêcher que des croyances religieuses propres à un seul individu puissent être protégées en vertu de la liberté de religion, pourvu qu'elles relèvent d'une adhésion à des valeurs spirituelles fondamentales. Cependant, en pratique il sera très difficile pour un requérant de prouver que des croyances auxquelles il est le seul à adhérer constituent plus que de simples opinions ; il pourra cependant y parvenir dans certains cas en produisant, par exemple, ses propres écrits antérieurs sur le sujet ou des témoignages sur son mode de vie.

Lorsque le précepte invoqué fait partie des enseignements d'une religion connue, la preuve de son existence ne soulève pas de difficultés particulières, à moins que le requérant n'en donne une interprétation personnelle s'écartant de la conception générale qui prévaut. Dans ces cas, les tribunaux canadiens tendent à appliquer le critère subjectif de la sincérité de la croyance chez le requérant. Le fait que l'on fasse primer la sincérité des convictions religieuses personnelles du requérant sur leur conformité avec les préceptes officiels de l'Église à laquelle il appartient n'empêche évidemment pas de consulter les autorités de celle-ci pour établir l'existence d'un précepte. Si la croyance invoquée par le requérant est confirmée par les autorités religieuses, la preuve en sera d'autant facilitée. Par contre, dans les cas où elle diverge de l'interprétation donnée par ces dernières, la tendance des tribunaux canadiens est d'accepter malgré tout le caractère religieux de la croyance si le requérant y adhère sincèrement.

C'est cette attitude qui a été adoptée par les juges majoritaires de la Cour suprême du Canada, mais contestée par les juges dissidents, dans l'affaire dite de la souccah, dans laquelle des juifs orthodoxes invoquaient la liberté de religion garantie dans la *Charte québécoise* (la *Charte canadienne*, qui n'oblige que la puissance publique, ne pouvait être invoquée en l'espèce contre un syndicat de

copropriétaires⁴⁵) pour obtenir une dérogation à la déclaration de copropriété de leur immeuble qui était appliquée de façon à leur interdire la construction d'une souccah individuelle sur le balcon de leur appartement⁴⁶. Dans une démarche d'accommodement, le syndicat de copropriétaires avait proposé de permettre aux intéressés d'installer une souccah commune dans les jardins, mais ces derniers considéraient qu'une telle solution leur créerait des difficultés excessives dans l'observance de leur religion et irait également à l'encontre de leurs croyances religieuses personnelles qui, affirmaient-ils, exigeaient qu'ils installent chacun leur propre souccah, sur leur propre balcon. Le syndicat a rejeté cette demande et sollicité une injonction permanente interdisant aux intéressés d'installer des souccahs et, au besoin, autorisant la démolition des souccahs existantes. La demande a été accueillie par la Cour supérieure, dont la décision a été confirmée par la Cour d'appel du Québec. L'affaire soulevait différents problèmes juridiques, celui qui nous intéresse ici ayant été décisif en première instance et en appel et divisant les membres de la Cour suprême.

En effet, le juge de première instance avait adopté la position selon laquelle, pour qu'une pratique soit protégée par la liberté de religion, le demandeur doit démontrer qu'elle est prescrite par les enseignements officiels de sa religion, la croyance sincère de sa part qu'elle est exigée n'étant pas suffisante⁴⁷. Au terme de son examen de la preuve, et en s'appuyant principalement sur la déposition d'un rabbin qui témoignait pour le syndicat, le juge est arrivé à la conclusion qu'il n'existait aucune obligation religieuse pour le juif pratiquant d'ériger sa *propre* souccah et qu'il n'y avait aucun commandement prescrivant l'endroit où elle devait être érigée. Ce faisant, le juge avait expressément indiqué qu'il préférerait l'opinion du rabbin témoignant pour le syndicat à celle du rabbin témoignant pour les plaignants. En conséquence, le premier juge avait estimé que les restrictions énoncées dans la déclaration de copropriété n'empêchaient pas les intéressés de respecter leurs obligations religieuses, définies « objectivement » comme étant d'habiter « une souccah » plutôt que « leur propre souccah » (en tenant compte de l'offre d'accommodement du syndicat consistant en l'érection d'une souccah commune dans les jardins de l'immeuble). Le juge de première ins-

45. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47 ; [2004] 2 R.C.S. 551. Le juge Iacobucci affirme que son analyse de la liberté de religion s'applique également à la *Charte canadienne* ; par. 37.

46. Une *souccah* est une petite hutte ou cabane temporaire close que la Bible impose aux fidèles d'habiter pendant les neuf jours de la fête religieuse juive du *Soucoth*.

47. [1998] R.J.Q. 1892.

tance s'est ensuite demandé, pour les besoins de la discussion, si une atteinte à la liberté de religion, au cas où il en existerait une, pourrait être justifiée au regard de la *Charte québécoise* ; à son avis, une telle atteinte serait justifiée par l'objectif de préserver la valeur esthétique de l'immeuble et par celui d'assurer la sécurité des copropriétaires en cas d'incendie.

En Cour d'appel du Québec, deux des trois juges se sont rangés à l'avis du juge de première instance⁴⁸. Le troisième juge, dans une opinion individuelle, a estimé que le juge de première instance avait interprété la liberté de religion de façon trop restrictive. À son avis, c'est la sincérité des croyances d'un individu qu'il faut considérer et il importe peu que celles-ci divergent, ou même soient erronées, par rapport à l'enseignement officiel donné par les dirigeants de la communauté religieuse à laquelle l'individu se rattache. Il a donc jugé que les clauses contestées de la déclaration de copropriété portaient atteinte à la liberté de religion des intéressés et qu'elles étaient également discriminatoires à leur égard. Cependant, il a conclu que l'attitude intransigeante adoptée par les plaignants, en refusant toutes les propositions qui ne rencontraient pas leurs exigences, avait rendu impossible tout arrangement et dispensait donc le syndicat de copropriétaires de toute obligation d'accommodement autre que la proposition déjà faite d'établir une souccah commune, proposition que le juge considérait comme raisonnable dans les circonstances.

Les neuf membres de la Cour suprême se sont divisés à cinq contre quatre. Les cinq juges majoritaires⁴⁹ ont accordé une importance décisive à la croyance subjective des plaignants et ont conclu qu'il y avait donc atteinte à leur liberté de religion, celle-ci ne pouvant être justifiée par la défense du droit de propriété des autres copropriétaires, si bien qu'il y avait lieu d'accueillir l'appel et de déclarer que les intéressés ont le droit d'installer une souccah sur leur balcon respectif pendant les neuf jours de la fête annuelle du Souccoth, sous réserve de certaines conditions relativement à la taille, à la localisation précise (pour des raisons de sécurité) et à l'esthétique générale de ces *souccahs*.

Sur la question qui nous intéresse ici, les juges majoritaires ont considéré que le demandeur qui invoque la liberté de religion n'est

48. [2002] R.J.Q. 906.

49. Il s'agit de la juge en chef McLachlin et des juges Iacobucci (qui rédige les motifs), Major, Arbour et Fish.

pas tenu de prouver l'existence de quelque obligation, exigence ou précepte religieux objectif⁵⁰. Le tribunal ne devrait pas agir comme arbitre des dogmes religieux. Par ailleurs, bien qu'il ne soit pas qualifié pour interpréter et déterminer le contenu d'une conception subjective d'une exigence religieuse, le tribunal peut statuer sur la sincérité de la croyance du demandeur, lorsque cette sincérité est effectivement une question litigieuse. Une croyance sincère doit simplement s'entendre d'une croyance honnête et le tribunal doit s'assurer que la croyance religieuse invoquée est avancée de bonne foi et qu'elle ne constitue pas un artifice. L'appréciation de la sincérité est une question de fait qui repose notamment sur la crédibilité du témoignage du demandeur et la question de savoir si la croyance invoquée par le demandeur est en accord avec les autres pratiques religieuses courantes de celui-ci. Comme l'examen ne porte pas sur la perception qu'ont les autres des obligations religieuses du demandeur, mais sur ce que ce dernier considère subjectivement comme étant ses obligations religieuses, il ne convient pas d'exiger qu'il produise des opinions d'expert. L'examen de la sincérité par le tribunal doit s'attacher aux croyances d'une personne au moment de la prétendue atteinte à la liberté de religion. Il ne convient pas que le tribunal analyse rigoureusement les pratiques antérieures du demandeur pour décider de la sincérité de ses croyances courantes. À cause du caractère mouvant des croyances religieuses, l'examen par le tribunal de la sincérité de la croyance doit s'attacher non pas aux pratiques ou croyances antérieures de la personne, mais plutôt à ses croyances au moment de l'atteinte alléguée à la liberté de religion. La démarche retenue par le juge de première instance était donc erronée. C'est à tort qu'il avait choisi entre deux autorités rabbiniques avançant des opinions opposées sur une question concernant la loi juive. Au surplus, il semblait avoir fondé ses conclusions relativement à la liberté de religion uniquement sur ce qu'il estimait être des exigences objectivement obligatoires du judaïsme, omettant ainsi de reconnaître que la personne qui invoque la liberté de religion n'a pas à démontrer que ses pratiques religieuses reposent sur une doctrine de foi obligatoire.

50. À cette occasion, le juge Iacobucci a proposé la définition suivante du concept de religion, la première à figurer dans une décision de la Cour suprême du Canada : « Une religion s'entend typiquement d'un système particulier et complet de dogmes et de pratiques. En outre, une religion comporte généralement une croyance dans l'existence d'une puissance divine, surhumaine ou dominante. Essentiellement, la religion s'entend de profondes croyances ou convictions volontaires, qui se rattachent à la foi spirituelle de l'individu et qui sont intégralement liées à la façon dont celui-ci se définit et s'épanouit spirituellement, et les pratiques de cette religion permettent à l'individu de communiquer avec l'être divin ou avec le sujet ou l'objet de cette foi spirituelle » (par. 39).

Sur cette question de l'importance respective de l'existence objective de la croyance et de la sincérité personnelle du croyant, trois des quatre juges dissidents⁵¹ ont considéré qu'il était nécessaire de démontrer successivement l'existence d'un précepte religieux, puis la croyance sincère dans le caractère obligatoire de ce précepte. Pour satisfaire au premier volet, un requérant doit faire la preuve que la conduite ou pratique réclamée au nom de la liberté de religion découle bel et bien d'un précepte de sa religion, le critère étant celui de la croyance raisonnable en l'existence d'un précepte religieux. À cet égard, une preuve d'expert peut s'avérer utile, puisqu'elle peut servir à établir les pratiques et préceptes fondamentaux de la religion dont le requérant se réclame. À la deuxième étape, le requérant doit établir qu'il a une croyance sincère, et que cette croyance est objectivement liée à un précepte religieux qui découle d'un texte ou d'un autre article de foi. L'enquête sur la sincérité des croyances doit être aussi limitée que possible puisqu'elle a pour effet d'exposer publiquement les croyances les plus personnelles et les plus intimes dans un contexte judiciaire. La sincérité d'une croyance est examinée au cas par cas et doit s'appuyer sur une preuve provenant principalement du requérant lui-même. Le critère essentiel doit être celui de l'intention et du désir sérieux de suivre les préceptes fondamentaux de sa religion. En appliquant ces principes, les trois juges ont conclu qu'en l'espèce l'interdiction de construire leur *propre souccah* ne portait pas atteinte au droit à la liberté de religion des intéressés. Ceux-ci croyaient sincèrement qu'il était préférable de construire leur *propre souccah*, mais leur précepte religieux devait être considéré comme respecté à partir du moment où ils satisfaisaient à l'obligation fondamentale qui est de prendre ses repas dans une souccah. Or la déclaration de copropriété ne faisait pas obstacle à cette pratique puisqu'elle n'empêchait pas les intéressés de fêter dans une souccah, en ce sens qu'ils pouvaient célébrer la Soucoth dans une souccah commune comme le proposait le syndicat de copropriété. Par ailleurs, même s'il y avait eu atteinte à leur liberté de religion, celle-ci aurait été justifiée par la nécessité de respecter le droit des autres copropriétaires à la libre jouissance de leurs biens (en préservant l'esthétique de

51. Il s'agit des juges LeBel, Bastarache (qui rédige les motifs) et Deschamps. Le quatrième juge dissident, le juge Binnie, s'est abstenu de prendre position sur la question de l'importance de la preuve de l'existence de la croyance et de celle de la sincérité des intéressés. Il a surtout insisté sur le fait qu'on ne pouvait pas appliquer les principes relatifs à l'obligation d'accommodement fondée sur la liberté de religion de la même façon à l'autorité publique, d'une part, et à des relations contractuelles privées dont avaient volontairement convenu les parties, d'autre part. Pour lui, en acceptant le contrat de copropriété, les plaignants s'engageaient à ne pas exiger de construire des souccahs individuelles sur les balcons de l'immeuble. Ils ne pouvaient donc pas insister par la suite pour que cette solution soit retenue.

l'immeuble) et à la sécurité de leur personne (en permettant le libre accès aux balcons pour l'évacuation de l'immeuble en cas d'incendie).

II- L'APPLICATION DES PRINCIPES RELATIFS À LA LIBERTÉ DE RELIGION AUX QUESTIONS SOULEVÉES PAR LA PLACE DE LA RELIGION DANS LES ÉCOLES PUBLIQUES QUÉBÉCOISES (À LA LUMIÈRE DU DROIT COMPARÉ)

Comme on l'aura compris à la lecture des développements qui précèdent, les manifestations ou conduites religieuses à l'école publique appellent l'application de règles et de solutions différentes selon qu'elles sont le fait des autorités scolaires, des élèves ou des enseignants et, dans ce dernier cas, selon que les enseignants agissent en qualité de représentants de l'école ou en tant que personnes privées⁵².

Pour mettre en perspective le droit canadien et québécois en la matière, nous mentionnerons à l'occasion des éléments de droit comparé⁵³. À cet égard, étant donné que les tribunaux canadiens

52. Certains développements de cette deuxième partie sont repris d'une étude effectuée par l'auteur pour le *Comité sur les affaires religieuses* du ministère de l'Éducation du gouvernement du Québec dans le cadre de la préparation de son avis intitulé *Rites et symboles religieux à l'école. Défis éducatifs de la diversité*, mars 2003, Gouvernement du Québec, Ministère de l'Éducation 2003. L'auteur remercie le Comité pour son autorisation. À souligner que certaines questions susceptibles d'être soulevées sur la place de la religion dans les écoles publiques n'ont pas été traitées à cause des limites de cette étude, notamment celle des exemptions que peuvent demander les élèves ou leurs parents, pour des raisons religieuses, à l'égard de certains cours ou de certains contenus pédagogiques (comme des lectures jugées incompatibles avec les croyances religieuses). À notre connaissance, la question n'a pas encore été soulevée devant les tribunaux canadiens ou québécois. Elle a cependant été mentionnée à quelques reprises dans des documents de la *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec* ; voir notamment : *Le pluralisme religieux au Québec : un défi d'éthique sociale*, Commission des droits de la personne du Québec, document adopté à la 389^e séance de la Commission, tenue le 3 février 1995, par sa résolution COM-389-4.1, p. 10 ; *Réflexion sur la portée et les limites de l'obligation d'accommodement raisonnable en matière religieuse* (par M^e Pierre Bosset, directeur de la recherche et de la planification), Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, document adopté à la 497^e séance de la Commission, tenue le 10 septembre 2004 et révisé à la 502^e séance tenue le 4 février 2005, par sa résolution COM-502-5.1.5, p. 11.

53. Le recours au droit comparé suppose nécessairement un choix parmi la multiplicité des situations étrangères susceptibles de présenter de l'intérêt. Par ailleurs, l'objectif n'est pas – et ne pourrait être – de donner un tableau complet de ces situations, même dans un petit nombre de pays. Il s'agit plutôt de favoriser la réflexion sur les solutions adoptées au Canada et au Québec en soulignant les

semblent assez nettement vouloir s'aligner en matière de liberté religieuse sur les positions des tribunaux des États-Unis, celles-ci présentent un grand intérêt comparatif⁵⁴. Nous nous contenterons cependant de donner une idée générale de la situation américaine, car la matière est extrêmement complexe et un traitement approfondi dépasserait à la fois les besoins et les limites matérielles de notre étude⁵⁵. Depuis le début des années 1990, à la suite de change-

divergences et les convergences que celles-ci présentent par rapport aux solutions adoptées, face aux mêmes problèmes, dans d'autres systèmes juridiques. Par ailleurs, à cause des limites imparties à cette étude, nous n'avons pu tenir compte de la jurisprudence des organes d'application de la *Convention européenne des droits de l'homme* sur les questions qui nous intéressent (l'ancienne *Commission européenne des droits de l'homme* et la *Cour européenne des droits de l'homme*). La jurisprudence relative à l'article 9 de la *Convention*, qui garantit la liberté de religion, comporte plusieurs décisions sur le port du foulard islamique, soit par des étudiantes (affaires *Karaduman c. Turquie*, CDH 3 nov. 1993 et *Sahin c. Turquie*, CEDH, 10 nov. 2005), soit par des enseignantes (affaire *Dahlab c. Suisse*, CEDH 15 fév. 2001).

54. Sur la pertinence du recours au droit des États-Unis pour trouver des solutions aux problèmes canadiens de liberté religieuse, voir notamment : Terri A. SUSSEL, *Canada's Legal Revolution : Public Education, the Charter and Human Rights*, Toronto, E. Montgomery, 1995, p. 142 : « After Zylberberg, members of Canada's legal community would not be surprised when important aspects of American rights-oriented jurisprudence would be selectively used and incorporated by Canadian judges to underwrite or uphold more expansive notions of minority rights. » ; H. McCONNELL & J. PYRA, « The influence of American Case Law on Canadian School Law : A Response to Manley-Casimir and Pitsula », (1989) 2 *Education and Law Journal* 209, 211 : « [...] in a context in which the doctrine of binding precedent is weakening over much of the common law world, the judicial focus inevitably shifts to what reasoning is most cogent and « persuasive » in particular fact situations. In such situations Canada can, and does, draw on the judicial reasoning of the European Court of Human Rights in Strasbourg and the Supreme Court of the United States, but particularly on the latter tribunal » ; Marie McANDREW, *Immigration et diversité à l'école. Le débat québécois dans une perspective comparative*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2001, p. 141 : « Parce que la définition de la laïcité y est plus dynamique et moins liée à une crispation identitaire qu'en France, le débat américain relatif à la place de la religion [à l'école] apparaît comme potentiellement plus fécond ». Pour des réflexions plus générales sur l'utilité du recours au droit constitutionnel comparé dans le domaine des droits de la personne, voir : 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 Yvon Blais, 1986, p. 449-513.
55. Nous tirons les renseignements sur la situation juridique aux États-Unis des sources suivantes : United States Department of Education Guidelines, *Student Religious Expression in Public Schools*, revised May, 1998 ; American Civil Liberties Union, *The Establishment Clause And Public Schools. An ACLU Legal Bulletin*, ACLU, 1996 et *Religion in the Public Schools : A Joint Statement of the Current Law*, ACLU, 1996 ; *Religion in the Public Schools. Guidelines for a growing and changing phenomenon*, Anti-Defamation League, 2001 ; Charles C. HAYNES & Oliver THOMAS, *Finding Common Ground. A Guide to Religious Liberty in Public Schools*, First Amendment Center, 2001 (disponible sur le site

ments dans la jurisprudence de la Cour suprême, les tribunaux américains aboutissent rarement à la conclusion que les accommodements en matière religieuse sont *exigés* par la clause de libre exercice du Premier amendement de la Constitution fédérale. Ils abordent plutôt la question en se demandant si de tels accommodements, dans la mesure où le législateur fédéral ou étatique en prend l'initiative (ce qui est fréquent), sont *autorisés* en vertu de la clause de non-établissement du même Premier amendement. À cette question, ils répondent plus volontiers qu'auparavant par l'affirmative⁵⁶. Par ailleurs, un certain nombre de cours suprêmes étatiques sont arrivées à la conclusion que les accommodements religieux étaient *exigés* par la Constitution de leur État respectif et que leur adoption s'imposait au législateur concerné. On comprend donc la complexité du droit américain, car il faut tenir compte, au niveau *jurisprudentiel*, de la distinction entre les accommodements constitutionnellement *exigés* et ceux simplement *autorisés*, selon le cas par la Constitution *fédérale* ou celle de *l'État*, ainsi que des textes *législatifs, fédéraux* ou *étatiques*, par lesquels le pouvoir politique est venu créer des accommodements (dont le pouvoir judiciaire peut évidemment être appelé à vérifier la constitutionnalité). Finalement, on remarquera qu'au niveau fédéral, le changement d'attitude de la Cour suprême des États-Unis, consistant à laisser au législateur une plus grande latitude pour adopter des accommodements, mais sans généralement les lui imposer, a pour effet de favoriser les religions majoritaires au détriment des religions minoritaires, ces dernières ne jouissant pas de la même représentation au sein des corps législatifs. Ce résultat est regrettable car la portée des droits de la personne, en particulier la liberté

<www.freedomforum.org>); James E. RYAN, « The Supreme Court and Public Schools », (2000) 86 *Virginia Law Review* 101, 147 s. ; Samina QUDDOS, « Accommodating Religion in Public Schools : Must, May or Never ? », (2001) 6 *Journal of Islamic Law and Culture* 67 ; Michael McCONNELL, « Accommodation of Religion », (1985) *Supreme Court Review* 1 ; IDEM, « Free Exercise Revisionism and the Smith Decision », (1990) 57 *University of Chicago Law Review* 1109 ; IDEM, « Accommodation of Religion : An Update and a Response to the Critics », (1992) 60 *George Washington Law Review* 685.

56. Pour un exposé de la situation américaine actuelle sur le plan constitutionnel, voir : M. McCONNELL, « Accommodation of Religion : An Update and a Response to the Critics », *loc. cit.* Voir également, pour un article plus synthétique et plus abordable pour des non-spécialistes : Michael McCONNELL, « Neutrality, Separation and Accommodation : Tensions in American First Amendment Doctrine », dans *Law and Religion* (sous la direction de Rex J. Ahdar), Dartmouth, Ashgate, 2000, p. 63 s. ; l'auteur écrit notamment : « Non-specialists are often surprised at the chaotic, controversial and unpredictable character of the constitutional law of church and state in the United States. [...] An examination of constitutional controversies in the courts shows [...] that the law in this field is very much in flux and that, even before the changes of the 1990s, the law was riddled with inconsistencies and incoherence » (p. 63).

religieuse, ne devrait pas être laissée au bon vouloir des organes politiques contrôlés par la majorité⁵⁷.

A. Les conduites religieuses adoptées par les autorités scolaires

Lorsqu'il s'agit de conduites ou de manifestations dont l'initiative est prise par les autorités scolaires ou les enseignants en qualité de représentants de l'école, elles sont soumises au principe de neutralité religieuse de l'État et au respect du droit au libre exercice négatif des élèves, c'est-à-dire à leur droit de ne subir aucune pression ou coercition à la conformité religieuse, de même qu'à l'obligation de l'État de ne pas faire de discrimination religieuse, directe ou indirecte. Cette liberté religieuse négative des élèves – et de leurs parents – a été généralement interprétée de façon stricte par les tribunaux canadiens, si bien qu'à première vue, sous réserve de certaines précisions, les conduites ou manifestations religieuses dont les autorités scolaires pourraient prendre l'initiative sont prohibées, ou du moins étroitement circonscrites, dans la mesure précisément où elles sont considérées comme susceptibles d'exercer une pression inacceptable sur les élèves et, en privilégiant certaines religions, d'être également discriminatoires.

1. Les prières et les célébrations, cérémonies ou autres activités religieuses

Comme nous l'avons vu précédemment, les prières et les célébrations ou exercices religieux, de même que l'enseignement confessionnel, organisés par l'autorité scolaire⁵⁸, ont été jugés inconstitu-

57. Au Canada, la question de l'accommodement en matière religieuse s'est presque uniquement posée, jusqu'à présent, sous l'angle des accommodements *exigés* par la Constitution (ou par une loi sur les droits de la personne) lorsqu'il y a atteinte à la liberté de religion ou à l'égalité en matière religieuse. Un des rares cas où la question a été soulevée sous l'angle de la constitutionnalité des accommodements volontairement *consentis* par le pouvoir politique est l'affaire *Grant c. Canada (Procureur Général)*, [1995] 1 C.F. 158, dans laquelle la Cour fédérale (Section de première 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).

58. Pour l'analyse des conditions devant être remplies afin qu'un enseignement *culturel* des religions (par opposition à un enseignement *confessionnel*) soit conforme à la liberté de religion, voir : José WOEHLING, *Étude sur le rapport entre les droits fondamentaux de la personne et les droits des parents en matière d'éducation religieuse*, présentée au Groupe de travail sur la place de la religion à l'école

tionnels au Canada, l'existence d'une possibilité de dispense n'ayant pas été considérée comme suffisante pour justifier de tels arrangements. Soulignons que la solution adoptée par les tribunaux canadiens semble nettement avoir été inspirée par celle retenue aux États-Unis, où les tribunaux ont déclaré contraires à la clause de non-établissement du Premier amendement toutes les formes de prière organisées ou endossées par les autorités scolaires. En se fondant sur une analyse de l'arrêt *Zylberberg*⁵⁹ et en tenant compte du droit américain, l'auteur Carol Stephenson, dans une étude fouillée, a tenté de dégager quels exercices religieux organisés par l'école pourraient être considérés comme conformes à la *Charte canadienne*⁶⁰. Ses conclusions sont notamment les suivantes :

- toute forme de prière, verbale ou silencieuse, uni- ou multi-confessionnelle, serait sûrement considérée comme contraire à la Charte⁶¹ ;
- 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*.

Pour relativiser le résultat obtenu sur cette question par les tribunaux canadiens et américains, et montrer qu'il ne fait pas l'objet

constitué par la ministre de l'Éducation du gouvernement du Québec ; publiée comme Étude n° 6 en annexe au rapport du Groupe ; Gouvernement du Québec, ministère de l'Éducation, 1999, p. 55 et s.

59. Précité.

60. Carol A. STEPHENSON, « Religious Exercises and Instruction in Ontario Public Schools », (1991) 49 *University of Toronto Faculty of Law Review* 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, « Legal Issues in Religion and Education », 4 *Education and Law Journal* 189, 190 et s.

61. Dans l'arrêt *Canadian Civil Liberties Association*, précité, 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).

d'un consensus général, on peut mentionner la situation en Allemagne et au Royaume-Uni.

En Allemagne, la Cour constitutionnelle a jugé que, tenant compte des circonstances concrètes dans lesquelles elles se déroulaient, les prières œcuméniques organisées à l'école publique par l'administration scolaire, et à l'égard desquelles il était relativement facile d'obtenir une dispense, n'étaient pas incompatibles avec la protection de la liberté de religion⁶². La Cour allemande a considéré qu'il existait concurremment une liberté positive de proclamer ses convictions religieuses et une liberté négative de ne pas être forcé de se plier aux convictions d'autrui. Elle est ensuite parvenue à la conclusion que le fait d'exiger des minoritaires qu'ils demandent d'être dispensés de participer aux prières ne les placerait qu'exceptionnellement dans « une situation de marginalisation insupportable ». À l'inverse, permettre que l'objection d'un seul élève minoritaire l'emporte automatiquement sur les droits des élèves de la majorité d'exprimer leurs croyances à l'école serait complètement disproportionné par rapport au préjudice éventuel supporté par les minoritaires. La Cour a donc considéré que la restriction relativement mineure, selon elle, de la liberté négative des minoritaires était amplement justifiée par l'objectif d'assurer la liberté positive des élèves majoritaires désireux d'exprimer leurs convictions. On remarquera que la Cour allemande a beaucoup insisté sur les conditions concrètes dans lesquelles se déroulaient les prières en cause pour justifier la légitimité de celles-ci, tout comme la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'affaire *Zylberberg*⁶³, a donné beaucoup d'importance au témoignage des psychologues qui étaient venus affirmer que certains enfants souffraient considérablement des réactions de leurs pairs provoquées par le fait qu'ils soient dispensés de participer aux exercices religieux. Par conséquent, on retrouve ici une caractéristique déjà soulignée précédemment de la problématique qui nous occupe, à savoir que les principes théoriques qu'il est possible de dégager en la matière ne permettent généralement pas à eux seuls de trouver une solution à des problèmes concrets, car il faut également accorder beaucoup d'importance aux circonstances de faits particulières à chaque situation examinée.

Au Royaume-Uni, en vertu de la *Education Act* de 1996, l'éducation religieuse et les prières collectives, d'orientation principalement

62. (1979) 52 BverfGE, 223. Voir : J. WALDMAN, « Communities in Conflict : The School Prayer in West Germany, The United States and Canada », (1991) 6 *Canadian Journal of Law and Society* 27.

63. Précitée.

chrétienne dans les deux cas, continuent de faire partie du curriculum obligatoire dans les écoles publiques, les parents qui le désirent ayant cependant la possibilité d'en faire dispenser leurs enfants⁶⁴.

Au Canada et au Québec, la question des prières et activités religieuses dont les enseignants et les administrateurs scolaires prennent l'initiative à titre personnel ne semble pas avoir été soulevée en jurisprudence. Aux États-Unis, il serait contraire à la Constitution pour ces deux catégories de personnes de prier avec les élèves ou en leur présence ou encore, de façon plus générale, en leur capacité de représentants ou de porte-parole de l'école. Tenant compte du fait que les élèves d'une école sont très impressionnables et constituent un auditoire captif, les enseignants et les administrateurs scolaires, lorsqu'ils agissent en cette capacité, doivent s'abstenir de tout comportement sollicitant ou encourageant soit une activité à contenu religieux, soit une activité à contenu antireligieux. Par conséquent, leur liberté d'expression constitutionnellement protégée peut être valablement limitée.

Toujours aux États-Unis, il est interdit aux écoles et aux enseignants de célébrer les fêtes religieuses, car il s'agit d'une forme de pratique religieuse. Par contre, il est permis d'expliquer de façon pédagogique (*teach about*) la signification des fêtes religieuses, dans la mesure où les explications sont objectives et contribuent à enrichir les connaissances des élèves. À cette fin, il est possible de faire usage de formes artistiques (musique, littérature, art dramatique) à thèmes religieux, à condition qu'elles soient présentées de façon « religieusement neutre » et pourvu que l'effet global ne soit ni de promouvoir, ni de déprécier la religion en général ou une religion en particulier. Par contre, il est inconstitutionnel de présenter ou d'afficher des œuvres d'art religieuses de façon permanente dans les écoles. Si les activités pédagogiques relatives à une fête religieuse sont incompatibles avec les convictions ou la sensibilité religieuse d'un élève ou de ses parents, celui-ci doit être dispensé d'y participer dans des conditions qui ne risquent pas de le marginaliser et sans que cela n'affecte son dossier scolaire ou ses évaluations.

64. S. POULTER, « The religious education provisions of the Education Reform Act 1988 », (1990) 2 *Education and the Law* 1 ; Francis LYALL, « Religious Law and its Applications by Civil and Religious Jurisdictions in Great-Britain », dans *La religion en droit comparé à l'aube du 21^e siècle* (sous la direction de Ernest Caparros et Louis-Léon Christians), Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 251, p. 260 et 261 ; Anwar N. KHAN, « Daily Collective Worship and Religious Education in Britain », (1995) 24 *Journal of Law and Education* 601.

En France, sauf dans les trois départements d'Alsace-Moselle, l'école publique ne dispense aucun enseignement religieux. Néanmoins, il est prévu que les écoles primaires vaqueront un jour par semaine, en plus du dimanche, afin de permettre aux parents qui le désirent de faire donner à leurs enfants l'instruction religieuse en dehors des bâtiments scolaires. Au secondaire, des aumôneries peuvent exister dans les lycées et collèges à la demande des parents, financées par ces derniers. Dans les trois départements d'Alsace-Moselle, en vertu du droit local, le régime en vigueur est tributaire de la législation antérieure à 1871. Dans les établissements publics primaires et secondaires, l'enseignement religieux est intégré au *curriculum* et ceux qui le dispensent sont en principe rémunérés par l'État. L'inscription à ces cours est cependant facultative pour les parents⁶⁵. Il n'existe pas en France de prières ou d'exercices religieux dans les écoles publiques.

2. L'affichage ou l'installation de symboles religieux

L'affichage de symboles religieux, comme une croix ou un crucifix, est-il permis dans une école publique dont nous avons vu que la Constitution canadienne, telle qu'interprétée par les tribunaux, affirme le caractère laïque (*secular*) ? Soulignons que, dans la mesure où l'on trouve encore des croix ou des crucifix sur les murs de certaines écoles publiques, leur présence n'est cependant pas exigée par la *Loi sur l'instruction publique* ou par la réglementation afférente⁶⁶. Pour arriver à la conclusion que la présence d'un symbole religieux comme un crucifix ou une croix restreint la liberté de religion, il faut qu'elle entraîne, vu le contexte, une contrainte sur le comportement des personnes. En général, cela semble devoir être moins le cas que pour les prières. Alors que celui qui ne veut pas participer à une prière doit sortir de la salle ou rester assis pendant que les autres se lèvent, cette manifestation de sa non-adhésion risquant d'entraîner des réactions négatives à son égard, la présence d'un symbole religieux n'oblige pas l'individu à afficher ses convictions. Par conséquent, la présence d'un crucifix dans la salle d'un palais de justice ou à l'Assemblée nationale du Québec, par exemple, pourrait être considérée comme suffisamment inoffensive pour ne pas restreindre la liberté de religion ; en outre, on pourrait estimer qu'il s'agit d'un sym-

65. Sur cet aspect du droit français des religions, voir : F. MESSNER, P.H. PRÉLOT et J.-M. WOEHRLING, *op. cit.*, p. 1117 et s.

66. Pierre BOSSET, « Pratiques et symboles religieux : quelles sont les responsabilités des institutions publiques ? », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Les 25 ans de la Charte québécoise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 39, p. 49 (note 40).

bole qui est désormais plus culturel que cultuel (religieux). Par contre, sa présence dans une salle de classe est sans doute plus problématique, étant donné la vulnérabilité et le caractère impressionnable des jeunes élèves et le fait qu'ils constituent un auditoire captif⁶⁷. L'affichage d'une croix dans les locaux de l'administration scolaire, étant donné son caractère moins ostentatoire pour les élèves, poserait probablement moins de problèmes⁶⁸.

Aux États-Unis, les symboles religieux, comme les croix, les ménorahs ou les crèches, peuvent être affichés ou installés *temporairement* comme aides à l'enseignement à condition d'être présentés comme des illustrations de l'héritage culturel et religieux associé à une fête religieuse, mais ne sauraient être affichés ou installés en permanence, ni dans une intention religieuse, ni même dans une intention décorative⁶⁹. Cela semble même valoir, bien que ce soit moins clair, pour les symboles d'origine religieuse qui ont fini par acquérir une valeur neutre et laïque, comme l'arbre de Noël.

En Allemagne, la Cour constitutionnelle, dans une décision qui a soulevé beaucoup de controverses, a jugé que la présence d'un crucifix dans une salle de classe était attentatoire aux libertés de conscience et de religion des élèves ne professant pas la foi catholique⁷⁰. L'opinion majoritaire y a vu une contrainte psychique inacceptable qui porte atteinte au droit de libre exercice négatif. Alors que dans sa décision sur la prière à l'école, dont il a été question précédemment, la Cour allemande avait jugé que la liberté positive de la majorité d'af-

67. Dans le même sens, voir P. BOSSET, *loc. cit.*, p. 51 et 52.

68. Dans une décision où le problème ne se soulevait que de façon très accessoire, et sans motiver son opinion de façon très explicite, un tribunal ontarien a affirmé que l'affichage « silencieux » de croix et de crucifix dans un hôpital n'entraînait aucune atteinte à la liberté de religion : *Pembroke Civic Hospital c. Ontario (Health Services Restructuring Commission)*, 36 O.R. (3d) 41 (Cour divisionnaire de l'Ontario).

69. Dans *Stone c. Graham*, 449 U.S. 39, la Cour suprême a invalidé un texte qui ordonnait l'affichage des Dix commandements dans les écoles publiques primaires.

70. (1995) 91 BverfGE, 108 ; traduction en anglais dans (1996) 17 *Human Rights Law Journal* 458 ; traduction en français dans (2000) 50 *Revue de droit canonique* 35. Pour des commentaires de cette décision, voir notamment : Michel FROMONT, « République fédérale d'Allemagne : la jurisprudence constitutionnelle en 1994 et 1995 », (1997) *Revue du droit public*, 354 ; Constance GREWE et Albrecht WEBER, « L'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 16 mai 1995 relatif au crucifix », (1995) 25 *Revue française de droit constitutionnel* 183 ; Jean-Marie WOEHLING, « Neutralité culturelle et mission culturelle de l'État : réflexions sur l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande relatif au crucifix dans les écoles », (2000) 50 *Revue de droit canonique* 29 ; Olivier JOUANJAN, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle d'Allemagne », (1996) *Annuaire international de justice constitutionnelle* 964.

firmer ses croyances et la liberté négative de la minorité de ne pas devoir s'y plier pouvaient être conciliées, elle a cette fois conclu que la croix était trop liée à une religion particulière, alors qu'une prière peut être conçue de façon œcuménique, et que les élèves qui s'y objectaient ne pouvaient être dispensés comme pour la prière. La Cour a par ailleurs refusé la position considérant à voir la croix comme la simple expression de la tradition occidentale ou comme un signe *culturel* (plutôt que *cultuel*) dépourvu de rapport spécifique à une religion particulière.

En Suisse, le Tribunal fédéral a déclaré un règlement municipal ordonnant l'installation de crucifix dans les écoles primaires publiques contraire à l'article 49 de la Constitution fédérale garantissant la neutralité confessionnelle de l'enseignement à l'école primaire⁷¹.

B. Les conduites religieuses adoptées par les élèves ou leurs parents

Lorsqu'il s'agit de conduites ou de manifestations dont l'initiative est prise par les élèves – ou leurs parents – elles relèvent du droit au libre exercice positif, c'est-à-dire du droit de ceux-ci de manifester leurs convictions religieuses par des pratiques et de leur droit de ne pas subir de discrimination religieuse directe ou indirecte de ce fait. Si ce droit entre en conflit avec des normes scolaires neutres (c'est-à-dire dont l'objet, sinon les effets, n'est pas de promouvoir ou d'interdire une croyance ou une pratique religieuse), les autorités scolaires se retrouvent sous le coup d'une obligation d'accommodement ou d'adaptation à moins qu'elles ne puissent démontrer que l'accommodement ou l'adaptation en cause entraînerait une contrainte excessive.

1. Les prières et les célébrations, cérémonies ou autres activités religieuses

S'il est interdit aux autorités scolaires d'organiser des prières ou des célébrations ou exercices religieux à l'école publique, qu'en est-il lorsque les mêmes manifestations proviennent de l'initiative des élèves ? Nous ne connaissons pas de décision québécoise ou canadienne sur ce point. Par contre, cette problématique est bien connue aux États-Unis, où elle a fait l'objet de nombreuses décisions de justice, de législations adoptées au niveau fédéral et étatique et de lignes directrices émises par le ministère fédéral de l'éducation.

71. *Europäische Grundrechtszeitung*, 1991, 94.

Les élèves peuvent prier ensemble ou séparément à l'école, en dehors des temps pédagogiques proprement dits (*noncurricular periods*), à la condition que cela ne dérange pas de façon significative le cours des activités scolaires et ne porte pas atteinte aux droits d'autrui. Sur ce dernier plan, les autorités scolaires ont la responsabilité de s'assurer que les comportements religieux adoptés par certains ne constituent pas une forme de pression ou de coercition sur d'autres élèves. Les élèves ont le droit de s'engager dans des prières individuelles ou collectives et dans des discussions à nature religieuse durant la journée scolaire au même titre que dans d'autres activités expressives comparables. Par exemple, ils ont le droit de lire la bible ou d'autres écritures sacrées, et de prier avant les repas et avant les examens. Les autorités scolaires peuvent réglementer, pour des raisons pédagogiques et de maintien de l'ordre, les activités expressives des élèves, mais elles ne sauraient adopter des règles ayant pour effet de discriminer contre l'expression ou les activités religieuses. Inversement, elles ne doivent pas promouvoir ou encourager les activités ou comportements religieux personnels des élèves. Il est important de s'assurer que ces comportements partent véritablement de l'initiative des élèves et qu'aucun employé ou représentant de l'école ne les encadre ou ne les supervise. Tout comportement des autorités scolaires ou de leurs représentants qui pourrait être raisonnablement interprété comme un encouragement ou une promotion des activités religieuses personnelles des élèves ou une façon de les reprendre à leur compte (*endorsement*) serait inconstitutionnel.

Les élèves peuvent s'adresser à leurs camarades de classe pour leur parler de sujets religieux et même tenter de les persuader ou de les convertir, au même titre qu'ils peuvent chercher à les convaincre sur des sujets politiques. Cependant, les autorités scolaires doivent s'assurer que ce prosélytisme ne constitue pas du harcèlement.

Les élèves peuvent exprimer leurs convictions religieuses dans leurs travaux écrits et des présentations orales, lesquels devront être évalués en fonction des critères académiques ordinaires de contenu et de pertinence et en tenant compte des objectifs pédagogiques légitimes de l'école.

Les prières et activités religieuses des étudiants doivent avoir lieu en dehors des périodes scolaires proprement dites et en dehors des salles de classe, même si elles sont volontaires. De façon plus générale, il faut éviter que ces activités se déroulent devant un auditoire captif. Elles peuvent avoir lieu dans des endroits comme les couloirs ou la cafétéria de l'école. Quant à la question des prières

prononcées par des élèves, de leur propre initiative, lors de cérémonies de graduation ou d'événements sportifs organisés par l'école, elle a donné lieu à une jurisprudence contradictoire des tribunaux, la majorité des décisions allant dans le sens de l'interdiction. Lorsqu'une école permet de façon générale l'usage des lieux et bâtiments scolaires par des groupes privés, elle doit aussi autoriser, aux mêmes termes et conditions, des cérémonies privées de graduation comprenant des prières ou des cérémonies religieuses, à condition qu'elles restent bien distinctes de la cérémonie officielle de graduation et que les autorités scolaires n'y prennent aucune part.

De façon plus générale, en vertu d'une loi fédérale adoptée en 1984 et applicable à toutes les écoles publiques secondaires récipiendaires de subventions gouvernementales fédérales⁷², dès lors qu'une école permet l'utilisation de ses locaux et facilités, avant, après ou durant la journée scolaire, dans ce dernier cas en-dehors des temps pédagogiques proprement dits, par des groupes ou clubs étudiants à finalité non religieuse, comme un club de jeu d'échecs ou un club de discussion de sujets politiques (on dit alors qu'elle met en place un *limited open forum*), elle doit le permettre également, dans les mêmes conditions, aux groupes à finalité religieuse, comme un groupe de prières ou d'étude de la Bible. Ces derniers doivent être créés à l'initiative des étudiants, organisés et dirigés par eux et la participation doit y être volontaire. Les groupes religieux doivent se voir reconnaître, dans les mêmes conditions que les groupes non religieux, le droit d'utiliser les moyens de communication de l'école (tableaux d'affichage, journal scolaire, système sonore) pour faire connaître leurs activités. Les autorités scolaires conservent le droit de réglementer les modalités de fonctionnement des groupes et clubs étudiants, religieux ou non religieux, dans la mesure nécessaire pour maintenir le bon fonctionnement pédagogique, l'ordre et la discipline. En outre, elles peuvent mettre fin à l'existence du système de *limited open forum* en interdisant tous les groupes étudiants de façon non discriminatoire.

En vertu d'une décision de la Cour suprême des États-Unis de 2001⁷³ visant les écoles primaires et secondaires, une solution similaire s'applique dans les cas où des organisations religieuses *extérieures* à l'école sollicitent l'autorisation d'utiliser les locaux et facilités de l'école *après* la fin de la journée scolaire : l'école devra accorder une telle autorisation si elle permet l'usage de ses locaux à des organisa-

72. *Equal Access Act*, 20 U.S.C. 4071-74.

73. *Good News Club c. Milford Central School*, 533 U.S. (2001).

tions non religieuses (*after-school clubs*) dans les mêmes conditions. Les autorités scolaires doivent alors prendre de façon « proactive » toutes les mesures nécessaires pour bien faire apparaître qu'elles n'endossent, pas plus qu'elles ne les désapprouvent, les activités des organisations religieuses qui utilisent les locaux de l'école.

2. *Le port de signes religieux distinctifs*

a) *Le foulard islamique et le turban sikh*

Nous ne connaissons pas de décision canadienne ou québécoise sur le foulard islamique à l'école, mais la Commission des droits de la personne du Québec a publié en 1994 un document dans lequel M^e Pierre Bosset, conseiller juridique à la Direction de la recherche, examine les problèmes soulevés par le port du foulard islamique dans les écoles publiques⁷⁴. Il en arrive à la conclusion que l'interdiction du voile islamique, ou *hijab*, entraîne une discrimination, *directe* si les signes d'appartenance religieuse sont interdits en tant que tels, *indirecte* si l'interdiction vise un ensemble de vêtements et d'accessoires au nombre desquels les signes religieux constituent une catégorie parmi d'autres. En outre, il y a restriction de la liberté de religion. M^e Bosset estime qu'à défaut de pouvoir prouver qu'il en résultera une contrainte excessive, les écoles devront consentir un accommodement consistant à permettre le port du foulard islamique, à moins qu'il ne s'inscrive « dans un contexte de pression sur les élèves, de provocation ou d'incitation à la discrimination fondée sur le sexe »⁷⁵. Quels sont les facteurs qui permettraient à une école d'échapper à l'obligation d'accommodement en démontrant que le fait d'autoriser le port de signes d'appartenance religieuse entraînerait des inconvénients excessifs ? Dans son document sur le port du *hijab* dans les écoles publiques, la Commission des droits de la personne mentionne un certain nombre de considérations pouvant justifier le refus de l'accommodement : le fait que certains symboles religieux marginalisent les élèves qui les portent (cependant, l'école publique doit éduquer ses élèves au respect des droits et libertés pour, précisément, éviter qu'une telle marginalisation ne se produise) ; les circonstances où il serait démontré que l'ordre public ou l'égalité des sexes sont en péril ;

74. *Le port du foulard islamique dans les écoles publiques. Aspects juridiques, op. cit.* ; sur cette question, voir aussi : 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.

75. *Le port du foulard islamique dans les écoles publiques. Aspects juridiques, op. cit.*, p. 16.

les considérations de sécurité (par exemple, le port du *hijab* pourrait se révéler dangereux dans le cadre d'activités physiques ou de laboratoire)⁷⁶.

Une décision d'une Commission d'enquête ontarienne, qui portait sur une demande d'accommodement pour le port de symboles religieux à l'école *privée*, peut également contribuer à la réflexion.

Dans l'affaire *Sehdev*⁷⁷, une Commission d'enquête ontarienne présidée par le Professeur Peter A. Cumming examinait une plainte de discrimination formulée contre une école privée qui avait refusé un enfant sikh parce que ses parents insistaient pour qu'il puisse fréquenter l'établissement en gardant son turban. Or l'école avait un règlement exigeant que tous les élèves portent le même uniforme et interdisant tout signe d'appartenance à une religion. Il y avait donc discrimination indirecte fondée sur la religion. L'accommodement aurait consisté à faire bénéficier le jeune sikh d'une dispense d'application du règlement. Le projet éducatif de l'école, et son lien avec la politique concernant les exigences vestimentaires, étaient formulés de la façon suivante :

Bayview Glen believes in God and holds that He is the supreme being, and the creator of the universe. Beyond that the school subscribes to no specific religious dogma. Rather we suscribe to those beliefs that are common to the major organized faiths. We actively promote those precepts and concepts that are common to those faiths in order to incalculat an awarenss of the sameness that exists. [...] [W]e actively promote the similarities that exist in our faiths. To this end, the school's Uniform Policy has been carefully thought out and developed over many years. [...] This policy requires that we dress outwardly the same. The uniform is specific, right down to the colour of socks and the lenght of hair. No additions or deletions are allowed as they detract from our outward promotion of sameness.⁷⁸

La Commission d'enquête est arrivée à la conclusion que la discrimination n'était pas justifiée parce que les buts poursuivis par l'école avec sa politique vestimentaire n'auraient pas été compromis par le fait de faire une exception en faveur des sikhs. On comprend qu'une telle conclusion s'imposerait à plus forte raison dans le cas

76. *Le port du foulard islamique dans les écoles publiques. Aspects juridiques, op. cit.*, p. 12-15.

77. *Sehdev c. Bayview Glen Junior Schools Ltd.*, [1988] 9 C.H.R.R. D/4881 (Ont. Bd. of Inq.).

78. *Ibid.*, p. D/4883.

d'une école *publique* qui n'applique aucune politique concernant l'uniforme.

Toujours en Ontario, la Commission provinciale des droits de la personne a adopté en 1996 un exposé de politiques sur la protection des droits en matière religieuse dans lequel elle affirme que les milieux de travail, les services et les établissements sont tenus de respecter les besoins spéciaux en matière de règles portant sur les vêtements, en donnant notamment comme exemple celui d'une école ne permettant pas aux filles de se couvrir la tête. Si pour observer sa religion une étudiante musulmane doit porter un foulard sur la tête, l'école a le devoir de le lui permettre⁷⁹.

En France, dans un avis du 27 novembre 1989, l'Assemblée générale du Conseil d'État a été amenée à prendre position sur la conformité du port du foulard islamique avec la laïcité de l'école publique (en fait, pour éviter de s'exposer au grief de discrimination à l'égard de l'Islam, le ministre de l'Éducation nationale avait élargi la question à tous « les signes d'appartenance à une communauté religieuse », bien que le problème ne se soit concrètement soulevé qu'à l'égard du « foulard islamique »).

À la question ainsi posée, le Conseil d'État a répondu en adoptant une démarche en trois temps. Il a commencé par rappeler la portée exacte du concept juridique de laïcité, pour apporter ensuite une réponse précise au problème soulevé, en affirmant la compatibilité des comportements en cause avec la laïcité ; enfin, il a indiqué les limites de la liberté ainsi reconnue aux élèves⁸⁰.

Le Conseil d'État aborde la portée du concept de laïcité de la façon suivante :

Il résulte des textes constitutionnels et législatifs et des engagements internationaux de la France susrappelés que le principe de la laïcité de l'enseignement public, qui est l'un des éléments de la laïcité de l'État et de la neutralité de l'ensemble des services publics, impose que l'enseignement soit dispensé dans le respect, d'une part, de cette neutralité par les programmes et par les enseignants et, d'autre part, de la liberté de conscience des élèves. Il interdit conformément aux principes rappelés

79. Ontario Human Rights Commission, *Policy on Creed and the Accommodation of Religious Observances*, 1996, p. 9.

80. Pour le texte de l'avis (Avis n° 346.893 du Conseil d'État, Assemblée générale, 27 novembre 1989), voir : (1991) 3 *Revue universelle des droits de l'Homme* 152. Pour un commentaire, voir : Jean RIVERO, « Laïcité scolaire et signes d'appartenance religieuse », (1990) 6(1) *Revue française de droit administratif* 1.

lés par les mêmes textes et les engagements internationaux de la France toute discrimination dans l'accès à l'enseignement qui serait fondée sur les convictions ou croyances religieuses des élèves.

De cette conception juridique traditionnelle de la laïcité, le Conseil d'État tire une conséquence nouvelle, soit le droit reconnu aux élèves d'exprimer et de manifester leurs croyances religieuses à l'intérieur des établissements scolaires :

La liberté ainsi reconnue aux élèves comporte pour eux le droit d'exprimer et de manifester leurs croyances religieuses à l'intérieur des établissements scolaires, dans le respect du pluralisme et de la liberté d'autrui, et sans qu'il soit porté atteinte aux activités d'enseignement, au contenu des programmes et à l'obligation d'assiduité.

Des principes ainsi affirmés, la réponse à la question posée par le ministre découlait inévitablement : « [...] dans les établissements scolaires, le port par les élèves de signes par lesquels ils entendent manifester leur appartenance à une religion n'est pas, par lui-même, incompatible avec le principe de laïcité, dans la mesure où il constitue l'exercice de la liberté d'expression et de manifestation de croyances religieuses [...] ».

Enfin, le Conseil d'État a énoncé de la façon suivante les limites qui s'imposent à la liberté des élèves de manifester, à l'école, leur appartenance à une religion :

Son exercice peut être limité, dans la mesure où il ferait obstacle à l'accomplissement des missions dévolues par le législateur au service public de l'éducation, lequel doit notamment, outre permettre l'acquisition par l'enfant d'une culture et sa préparation à la vie professionnelle et à ses responsabilités d'homme et de citoyen, contribuer au développement de sa personnalité, lui inculquer le respect de l'individu, de ses origines et de ses différences, garantir et favoriser l'égalité entre les hommes et les femmes.

Concernant plus spécialement le droit des élèves d'afficher des signes manifestant leur appartenance religieuse, le Conseil d'État précise ensuite les limites qui peuvent y être apportées :

[...] cette liberté ne saurait permettre aux élèves d'arborer des signes d'appartenance religieuse qui, par leur nature, par les conditions dans

lesquelles ils seraient portés individuellement ou collectivement, ou par leur caractère ostentatoire ou revendicatif, constitueraient un acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande, porteraient atteinte à la dignité ou à la liberté de l'élève ou d'autres membres de la communauté éducative, compromettraient leur santé ou leur sécurité, perturberaient le déroulement des activités d'enseignement et le rôle éducatif des enseignants, enfin troubleraient l'ordre dans l'établissement ou le fonctionnement normal du service public.

Comme on le voit, le Conseil mentionne un certain nombre de justifications pouvant être invoquées pour légitimer la limitation de la liberté des élèves de manifester leurs croyances par le port de signes religieux. Étant donné leur caractère vague, la marge d'appréciation laissée aux autorités chargées d'appliquer ces critères était inévitablement fort large, d'autant plus qu'il fallait tenir compte des circonstances propres à chaque situation. Ainsi, s'agissant des caractères du signe lui-même, le simple foulard sur les cheveux devait plus difficilement être considéré comme ostentatoire ou revendicatif que le *tchador* iranien ou le voile couvrant le visage jusqu'aux yeux qui, au demeurant, pouvaient perturber le déroulement de l'enseignement en rendant plus difficile l'identification des élèves. S'agissant des conditions dans lesquelles les signes sont portés, le port collectif, qui ne semble pas constituer l'expression d'une conviction personnelle, pouvait davantage passer pour « un acte de pression ou de provocation » que le port individuel. En outre, le port d'un signe par lui-même ne saurait guère constituer « un acte de prosélytisme » ; le deviendrait-il s'il était accompagné de propos par lesquels le porteur invite ses camarades à suivre son exemple ? Enfin, l'interdiction fondée sur les réactions hostiles pouvant être suscitées, de la part des autres élèves, par le port d'un signe ne devrait être considérée qu'avec beaucoup de précautions, de peur de cautionner, voire d'encourager des comportements discriminatoires.

Par la suite, profitant du fait que l'avis du Conseil d'État chargeait les autorités compétentes au niveau local de mettre en œuvre les règles qu'il définissait, divers établissements scolaires à travers la France devaient adopter des règlements prohibant de façon générale le port du foulard sous le prétexte qu'il s'agissait d'un signe en lui-même ostentatoire. C'était oublier que l'avis faisait de la liberté le principe, imposant ainsi de justifier de façon circonstanciée, sous le contrôle du juge, les atteintes qui y seraient portées. Les arrêts bientôt rendus sur cette question devaient confirmer la position libérale du Conseil, annulant comme constitutifs d'une interdiction trop générale les règlements intérieurs d'établissement qui prohibaient le

port de signes distinctifs d'ordre religieux, politique ou philosophique⁸¹ ou prescrivait qu'aucun élève ne serait admis en salle de cours, d'étude ou au réfectoire la tête couverte⁸². Il a aussi été jugé que les autorités scolaires commettaient une erreur de droit en considérant que le port du foulard était par nature incompatible avec le principe de laïcité⁸³ ou représentait par sa nature un caractère ostentatoire ou revendicatif, et dont le port constituait dans tous les cas un acte de pression ou de prosélytisme⁸⁴. Dans d'autres décisions, au vu des circonstances particulières de l'affaire, le Conseil est au contraire arrivé à la conclusion que l'interdiction du foulard par les autorités scolaires était justifiée, comme dans le cas où les jeunes filles avaient refusé d'ôter leur foulard lors d'un cours d'éducation physique, le déroulement de celui-ci étant considéré comme incompatible avec le port du foulard. Par conséquent, la jurisprudence exigeait un examen individuel des comportements des jeunes filles portant le foulard et empêchait les interdictions systématiques, qui n'auraient pas tenu compte de toutes les circonstances d'une affaire⁸⁵. Une telle approche faisait évidemment peser la responsabilité d'évaluer les demandes d'accommodement et d'élaborer des solutions sur les institutions scolaires locales.

La polémique sur le voile islamique a amené le Président de la République française à créer en juillet 2003 une *Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité* présidée par M. Bernard Stasi, laquelle devait remettre son rapport au mois de décembre

81. Conseil d'État, 2 novembre 1992, M. Kherouaa, *Revue française de droit administratif*, 1993, p. 112.
82. Conseil d'État, 14 mars 1994, Mlles Yilmaz, Recueil, p. 129.
83. Conseil d'État, 20 mai 1996, Ali, Recueil, p. 187.
84. Conseil d'État, 27 novembre 1996, Khalid et M^{me} Stefiani, *Recueil*, p. 460.
85. Le point de vue du Conseil d'État a été combattu plus ou moins ouvertement à certaines époques par les autorités politiques. Ainsi, par circulaire du 20 septembre 1994, M. Bayrou, alors ministre de l'Éducation, avait invité les chefs d'établissements à ajouter dans les règlements intérieurs une disposition interdisant le port des signes « si ostentatoires que leur signification est précisément de séparer certains élèves des règles de vie commune de l'école » ce qui revenait à suggérer de faire interdire le voile. Le Conseil d'État a neutralisé cette tentative en jugeant que la circulaire n'avait pas de caractère normatif ; voir Conseil d'État, 10 juillet 1995, Association Un Sysippe, *Actualité juridique de droit administratif* 1995, 644. Pour des articles analysant la jurisprudence française dans le détail, voir notamment : Nicolas CHAUVIN, « Laïcité scolaire et protection des élèves », (1997) *Revue administrative* n° 295, 10 ; Céline WIENER, « Les foulards noirs de la République », dans *Mélanges Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 773 ; Alain WERNER, « Le Conseil d'État et l'école : démocrate ou républicain ? », *Petites Affiches* n° 99 du 18 août 1997, 9 ; Nathalie DEFFAINS, « Le principe de laïcité de l'enseignement public à l'épreuve du foulard islamique », (1998) *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 203 ; Claude DURAND-PRINGBORNE, « Le port des signes extérieurs de convictions religieuses à l'école : une jurisprudence affirmée... ; une jurisprudence contestée », (1997) *Revue française de droit administratif* 151.

suivant⁸⁶. Au cœur de ce rapport figurait une proposition de loi interdisant les signes religieux « ostensibles » dans les services publics dont les écoles publiques. La recommandation a été suivie et le Parlement français a adopté, le 15 mars 2004, une modification au *Code de l'éducation* prévoyant que « [d]ans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit ». Le règlement intérieur rappelle que la mise en œuvre d'une procédure disciplinaire est précédée d'un dialogue avec l'élève⁸⁷. Une circulaire précisant l'application de ce texte a été publiée deux mois plus tard. Les signes interdits sont, selon cette circulaire, ceux « dont le port conduit à se faire immédiatement reconnaître par son appartenance religieuse tels que le voile islamique, quel que soit le nom qu'on lui donne, la *kippa* ou une croix de dimension manifestement excessive ». Tout autre signe discret est toléré. Si un élève vient à l'école avec une tenue interdite, la circulaire souligne « qu'il importe d'engager immédiatement le dialogue avec lui » pour tenter de le convaincre de changer d'avis. Elle précise que ce dialogue n'est en aucun cas une négociation. Si cette phase de médiation échoue, l'élève est exclu de l'établissement. L'académie prend ensuite le relais en examinant avec l'élève et ses parents « les conditions dans lesquelles il poursuivra sa scolarité ». La loi constitue clairement une restriction de la liberté de religion au sens où celle-ci a été interprétée par le Conseil d'État, restriction présentée comme justifiée dans le rapport Stasi et par le gouvernement au moment de l'adoption de la loi par le fait que, dans les circonstances existant en France et constatées par la Commission (pressions exercées sur les jeunes filles issues de l'immigration pour qu'elles portent le voile, regroupements communautaristes dans les cours de récréation et les cantines scolaires, tensions, conflits et divisions entraînés par les revendications identitaires et religieuses dans les écoles, etc.), le port du voile à l'école publique constituerait une pratique qui menace et trouble l'ordre public.

Au Royaume-Uni, la législation anti-discriminatoire en vigueur, le *Race Relations Act*, n'offre pas une protection suffisante de la liberté de religion et de l'égalité religieuse car la loi prohibe uniquement la discrimination raciale et celle fondée sur l'origine nationale ou ethnique, avec cette conséquence peu cohérente que l'interdiction du port du turban sikh par les élèves d'une école a été jugée illégale, dans la mesure où les Sikhs constituent un groupe ethnique (la même

86. *Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, op. cit.*

87. Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 art. 1 *Journal Officiel* du 17 mars 2004 en vigueur le 1^{er} septembre 2004.

chose serait vraie dans le cas de l'interdiction de la *kippa* juive), alors que l'interdiction du *hijab* ne le serait probablement pas, car les musulmans ne constituent pas un groupe ethnique mais une minorité religieuse⁸⁸. Conscient de cette incongruité, le Home Office a fait effectuer des recherches en droit comparé, notamment en droit canadien, pour déterminer selon quelles modalités – adoption d'une nouvelle loi spécifique ou modifications apportées à la loi existante – il conviendrait de remédier à la lacune législative⁸⁹.

Aux États-Unis, les tribunaux ont généralement conclu que les réglementations scolaires portant sur les vêtements ou la chevelure (*dress code*) et ayant pour effet d'interdire le port de vêtements ou de symboles religieux portaient atteinte à la liberté de religion de façon non justifiable, à moins qu'on ne puisse démontrer de façon actuelle et factuelle (de simples craintes ou spéculations ne suffisant pas) que le port des signes en cause entraîne un dérangement sérieux des activités éducatives. Les étudiants doivent donc normalement se voir reconnaître le droit de porter des vêtements rituels comme le turban sikh, le foulard islamique ou la *kippa* juive.

Enfin, aux États-Unis, on estime que les élèves ne devraient pas se voir forcées de porter des vêtements, comme des shorts, qu'elles considèrent comme incompatibles avec les règles de leur religion en matière de modestie et de pudeur. De même, l'avis déjà mentionné du Conseil des communautés culturelles et de l'immigration du Québec⁹⁰ donne l'exemple d'un accommodement négocié consistant à

88. Sur l'état insatisfaisant du droit britannique dans ce domaine, S. POULTER, « Muslim Headscarves in School », (1997) 17 *Oxford Journal of Legal Studies* 43.

89. Pour une réflexion sur l'adoption en droit britannique de nouvelles dispositions afin de mieux protéger la liberté et l'égalité religieuses, voir : Bob HEPPLER & Tufyal CHOUDHURY, *Tackling Religious Discrimination : Practical Implications for Policy-Makers and Legislators*, Home Office Research, Development and Statistics Directorate, 2001 (Home Office Study 221). Dans une décision de mars 2005, en appel devant la Chambre des Lords au moment de la rédaction de cette étude, la Cour d'appel a jugé contraire à la liberté de religion garantie par l'article 9 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, telle qu'introduite en droit anglais par le *Human Rights Act*, R.-U. 1998, c. 42, le refus d'une école publique de permettre à la plaignante le port d'un *jilbab*, un vêtement long allant jusqu'aux chevilles, ne laissant apparaître que les mains et le visage et dissimulant complètement les formes du corps.

La politique de l'école permettait pourtant aux élèves de sexe féminin de choisir entre l'uniforme classique de l'école, avec jupe ou pantalon, et le *shalwar kameeze*, un ensemble composé d'un sarouel et d'une tunique, généralement considéré par les autorités religieuses islamiques comme suffisant à remplir les obligations de l'Islam relatives aux vêtements féminins. Voir : *Shabina Begum c. Denbigh High School*, [2005] EWCA Civ 199 (Cour of Appeal – Civil Division).

90. *La gestion des conflits de normes par les organisations dans le contexte pluraliste de la société québécoise*, op. cit., p. 51-53 et 72.

autoriser, à la place du short athlétique, un pantalon long pour la gymnastique de façon à faciliter le respect des prescriptions de modestie de la religion musulmane à l'usage des femmes.

b) *Le kirpan (poignard) sikh*

Alors que le port de vêtements rituels comme le *hijab* ou le turban sikh ne soulève, sauf dans des circonstances particulières (comme les cours de gymnastique pour le *hijab* ou la conduite en motocyclette pour le turban), pas de préoccupations concernant la sécurité de l'intéressé(e) ou d'autrui, il en va autrement pour le port du *kirpan* sikh, puisqu'il s'agit d'un poignard que leur religion ordonne aux Sikhs baptisés de porter en permanence. Cette obligation entraîne pour les Sikhs auxquels elle s'impose des difficultés dès qu'ils se trouvent dans une situation dans laquelle il est normalement interdit de porter une arme, comme pour un voyage en avion, la présence dans un palais de justice ou dans une école. Alors que l'interdiction du *kirpan* dans les palais de justice et pour les voyages en avion a été considérée comme justifiable⁹¹, la tendance des tribunaux a été, jusqu'à présent, de considérer que les administrations scolaires devaient permettre le port du kirpan sous certaines conditions.

Ainsi, dans l'affaire *Pandori*, il s'agissait 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 voyaient opposer une résolution de la Commission scolaire de Peel interdisant le port du *kirpan* dans l'enceinte de l'école. Une commission d'enquête établie en vertu du Code ontarien des droits de la personne est

91. 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. Dans le même sens, voir : *R. c. Kaur*, [1997] Q.J. No. 5066 (cour municipale de Ville Saint-Laurent). Dans *Nijjar c. Lignes aériennes Canada 3000 ltée*, un tribunal canadien des droits de la personne, constitué en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, a rejeté la plainte d'un Sikh qui s'était vu refuser l'accès à un avion à cause de son *kirpan*, bien qu'il s'agissait en l'occurrence, selon le plaignant, d'un « *kirpan* de voyage » dont la lame ne dépassait pas 4 pouces de longueur. Le tribunal a tenu compte de l'environnement particulier d'un avion, où il n'est possible d'avoir accès ni à des services médicaux d'urgence ni à une assistance policière. Dans *Pritam Singh c. Wokmen's Compensation Board Hospital*, [1981] 2 C.H.R.R. D/459 (Bd. Inq. Ont.), M. Singh avait été informé qu'il ne pourrait pas passer de tests à l'hôpital s'il n'était pas son *kirpan*, ce qu'il avait 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.

arrivée à la conclusion, au vu de la preuve, que le port du *kirpan* devait être autorisé dans cette école, tant pour les élèves que pour les enseignants et les membres de l'administration, mais aux conditions qu'il soit d'une taille raisonnable, porté en dessous des habits de façon à être invisible et maintenu de façon assez ferme dans sa gaine pour être difficile, mais pas impossible, à en sortir⁹². Le commissaire a particulièrement tenu compte du fait qu'on avait pu démontrer qu'il ne s'était jamais produit d'incident violent dans une école au Canada qui puisse être relié au port du *kirpan*. Il a en outre souligné que d'autres commissions scolaires en Ontario et en Colombie-Britannique permettaient le port du *kirpan* dans leurs écoles. Il a cependant ajouté que le directeur de l'école pourrait s'assurer que les conditions posées au port du *kirpan* seraient respectées, les modifier si nécessaire, suspendre le droit de porter le *kirpan* si celui-ci faisait l'objet d'abus et imposer d'autres restrictions temporaires si le niveau de violence dans l'école augmentait. La décision de la commission devait être confirmée par la Cour divisionnaire d'Ontario⁹³.

La Commission ontarienne des droits de la personne, dans un exposé de politiques déjà mentionné précédemment, renvoie à la décision *Pandori* pour illustrer le devoir des autorités scolaires de modifier leurs politiques afin d'accommoder les élèves tenus de porter un *kirpan* pour des raisons religieuses⁹⁴.

Au Québec, dans l'affaire *Multani*⁹⁵, la Cour supérieure s'est fondée sur les mêmes principes pour autoriser le requérant, un élève

92. *Pandori c. Peel Bd. of Education*, (1990) 12 C.H.R.R. D/364 (Bd. Inq. Ont).

93. *Peel Bd. of Education c. Ontario Human Rights Commission*, (1991) 3 O.R. (3d) 351 (Divisional Court, Ontario). Autorisation d'appel en Cour d'appel rejetée le 12 août 1991. Dans l'affaire *Tuli c. St. Albert Protestant Board of Education*, (1987) 8 C.H.R.R. D/3736 (B.I. Alb.), comme il n'était pas encore baptisé selon la religion sikh, le port du *kirpan* n'était pas pour le plaignant un commandement religieux, mais plutôt un choix personnel, contrairement à la période postérieure au baptême. Dans ces circonstances, la Commission a conclu que l'interdiction du port du *kirpan* à l'école n'avait pas porté atteinte à la liberté de religion du requérant. On peut critiquer cette décision en considérant qu'en cas d'erreur sincère d'appréciation d'un précepte par le requérant ou de divergence d'opinion de sa part par rapport à l'opinion dominante, on devrait néanmoins considérer qu'il a agi pour un motif religieux ; c'est précisément ce qui a été décidé dans le jugement majoritaire de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Amslem* ; voir *supra* dans le texte.

94. Ontario Human Rights Commission, *Policy on Creed and the Accommodation of Religious Observances*, *op. cit.*, p. 9.

95. *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois*, 2002] J.Q. n° 1131. Pour un commentaire, voir : Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « Du crucifix au *kirpan* : quelques remarques sur l'exercice de la liberté de religion dans les établissements scolaires » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'éducation*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 89.

sikh, à porter le *kirpan* à l'école publique aux conditions suivantes que le *kirpan* soit porté sous ses vêtements ; que le fourreau dans lequel le *kirpan* se trouve ne soit pas en métal mais en bois, de façon à ce qu'il perde son aspect contondant ; que le *kirpan* soit placé dans son fourreau, enveloppé et cousu d'une façon sécuritaire dans une étoffe solide ; que le personnel de l'école puisse vérifier, de façon raisonnable, que les conditions imposées ci-dessus sont respectées ; que l'élève ne puisse en aucun temps se départir de son *kirpan* et que la disparition de ce dernier soit rapportée aux autorités de l'école immédiatement. La Cour d'appel du Québec a renversé la décision⁹⁶. Elle n'a cependant pas contredit les principes juridiques adoptés par la Cour supérieure ; comme cette dernière, elle a jugé que l'interdiction de porter le *kirpan* à l'école entraînait une atteinte à la liberté de religion. Mais elle a apprécié différemment la preuve factuelle en considérant qu'on avait pu démontrer devant elle qu'il existait de graves problèmes de violence dans les écoles de la région de Montréal. Dans ce contexte, elle a considéré qu'un resserrement des mesures de sécurité était justifié pour limiter les risques car la présence de *kirpans* dans une école accroîtrait la perception d'insécurité, et ce même avant qu'un incident ne survienne, et pourrait donc avoir des conséquences sur l'attitude d'autres élèves, qui estimeraient nécessaire d'être armés eux aussi pour se défendre le cas échéant contre un porteur de *kirpan*. En d'autres termes, elle a conclu que l'accommodement n'était pas raisonnable dans le contexte, car il portait atteinte au droit à la sécurité de l'ensemble de la communauté scolaire⁹⁷.

Les mêmes principes sont également suivis aux États-Unis : les Sikhs ont le droit de porter leur *kirpan* à l'école dans des conditions qui n'entraînent pas de risques pour autrui.

C. Les conduites religieuses adoptées par les enseignants : le port de signes religieux distinctifs

Lorsqu'il s'agit de conduites ou de manifestations dont l'initiative est prise par les enseignants en tant que personnes privées

96. *Multani (tuteur de) c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2004] J.Q. n° 1904. L'appel de cette décision a été entendu par la Cour suprême et est en délibéré.

97. La divergence d'opinion entre la Cour supérieure et la Cour d'appel dans cette affaire illustre bien comment le concept d'accommodement raisonnable et les critères dégagés pour sa mise en œuvre, 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 ainsi que de l'appréciation qu'en fait l'autorité décisionnelle ou le tribunal saisi de l'affaire.

(plutôt qu'à titre de représentants de l'école), la question est plus complexe, car il faut tenir compte à la fois du droit au libre exercice positif des enseignants et de l'obligation de neutralité religieuse qui s'impose à eux dans le cadre de l'école.

Si le règlement d'une école publique interdit aux enseignants le port de signes d'appartenance à une confession religieuse, cela entraîne une restriction de leur droit de manifester leur appartenance religieuse et une discrimination *directe* fondée sur la religion. Si l'interdiction ne vise pas spécialement les signes d'appartenance à une confession religieuse, mais plutôt « tout signe distinctif » (ce qui inclut les signes religieux), il y aura également restriction de la liberté de religion et la discrimination sera qualifiée *d'indirecte* plutôt que de *directe*⁹⁸.

Dans un contexte où le principe de neutralité religieuse de l'État est interprété de façon rigoureuse, comme en France ou aux États-Unis, il pourrait suffire de l'invoquer pour justifier l'atteinte aux droits des enseignants. Cependant, nous avons vu qu'au Canada, dans la mesure où le principe de neutralité, plutôt que d'être affirmé de façon autonome, découle du libre exercice de la religion, il faudrait plutôt démontrer, pour justifier l'interdiction, que le port de signes religieux par les enseignants est susceptible de restreindre la liberté religieuse des élèves en leur faisant subir une pression religieuse. Or une telle conséquence n'est pas inévitable mais dépend plutôt du contexte, de l'âge des enfants – d'autant plus vulnérables qu'ils sont jeunes – de la discrétion ou, au contraire, de l'ostentation du signe en cause, de la matière enseignée et du comportement de l'enseignant(e) dans son ensemble (si cette attitude en est une de prosélytisme, ouvert ou dissimulé, il y aura atteinte à la liberté religieuse des enfants ; si l'enseignant(e) adopte une attitude de neutralité religieuse dans son comportement et ses paroles, le simple fait de porter un signe risquera moins d'avoir un tel effet).

Comme on vient de le voir, dans l'affaire *Pandori* on a reconnu aux enseignants le même droit de porter le *kirpan* à l'école qu'aux élèves. Il faut cependant souligner que la Commission d'enquête et

98. « Interdire à un employé de porter un vêtement prescrit par sa religion peut s'analyser en une atteinte *prima facie* au droit à l'égalité, de même qu'en une atteinte à sa liberté de religion » : *Les contraintes vestimentaires d'ordre religieux applicables au personnel de certaines écoles privées. Aspects juridiques*, par M^e Pierre Bosset, conseiller juridique, Direction de la recherche ; Commission des droits de la personne du Québec, document adopté à la 388^e séance de la Commission tenue le 21 décembre 1994, par sa résolution COM-388-6.1.4 (Cat. 120-4), p. 5.

la Cour ontarienne n'ont pas examiné la question de l'effet possible du port de ce signe par un enseignant sur la liberté religieuse des élèves.

Aux États-Unis, où la question s'est d'abord posée à propos des religieuses catholiques enseignant dans les écoles publiques, les tribunaux ont commencé par affirmer, non le droit des enseignantes de remplir leurs fonctions dans leurs habits religieux, mais plutôt celui des commissions scolaires de les engager indépendamment de cette considération. Ceux qui s'opposaient à cette situation se sont alors tournés vers les législatures pour faire adopter des lois interdisant aux enseignants de porter des signes religieux dans l'exercice de leurs fonctions. En général, les tribunaux ont été portés à considérer ces lois comme valides, en se fondant sur le principe de neutralité religieuse de l'État, et en jugeant que le port de signes religieux par les enseignants (en l'occurrence il s'agissait du turban sikh ou du foulard islamique) serait de nature à donner l'impression aux enfants et à leurs parents que l'école endossait un point de vue religieux particulier, ou même à entrer en conflit avec le droit des enfants au libre exercice de leur religion. Néanmoins, les lois en question (il en existe dans près de 40 États américains) prévoient que les enseignants peuvent porter des bijoux à connotation religieuse comme des colliers avec une croix ou une étoile de David, à condition qu'ils soient suffisamment discrets⁹⁹.

En France, la jurisprudence est à l'effet que le principe de laïcité fait obstacle au droit pour les agents, même non enseignants, du service de l'enseignement public de manifester leurs croyances religieuses dans l'exercice de leurs fonctions, notamment « en portant un signe destiné à marquer [leur] appartenance à une religion »¹⁰⁰. On peut estimer que la limitation ainsi posée est excessivement large et va au-delà de la préservation des élèves contre les risques d'endoctrinement, voire de simple influence¹⁰¹.

99. Pour une analyse critique de cette jurisprudence, voir : Hindy LAUER SCHACHTER, « Public School Teachers and Religiously Distinctive Dress : A Diversity-Centered Approach », (1993) 22 *Journal of Law and Education* 61. L'auteure estime que, dans le contexte où les Chrétiens forment la majorité, le risque que les enfants croient que l'école endosse le sikhisme ou l'islam parce qu'un(e) enseignant(e) porte un turban ou un foulard est inexistant.

100. Avis contentieux du Conseil d'État du 3 mai 2000, M^{lle} Marteaux, *Journal officiel* du 23 juin 2000, p. 9471.

101. En ce sens, voir : Patrick WACHSMANN, *Libertés publiques*, 3^e édition, Paris, Dalloz, 2000, p. 484. Par contre, N. DEFFAINS, *loc. cit.*, 215-216, approuve vigoureusement cette jurisprudence.

D. Les aménagements du calendrier scolaire

1. *Les aménagements réclamés pour les élèves*

Dans ce domaine, il semble se dégager du droit comparé autant que du droit canadien un consensus en faveur de la solution des aménagements individuels, consistant à autoriser les absences pour fêtes religieuses chaque fois que nécessaire, de préférence à un réaménagement structurel du calendrier ayant pour objet de faire de toutes les fêtes religieuses des jours de congé.

Dans l'affaire *Islamic Schools Federation of Ontario*¹⁰², 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* et prévoyant 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 que la coïncidence du calendrier scolaire, pour des raisons historiques, avec certaines fêtes religieuses n'en faisait pas pour autant un calendrier religieux. En outre, en admettant par hypothèse 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'examens 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. La Cour a souligné que l'accommodement réclamé par les requérants aurait pour effet, dans la mesure où il faudrait étendre

102. *Islamic Schools Federation of Ontario c. Ottawa Board of Education*, (1997) 145 D.L.R. (4th) 659 (Cour divisionnaire de l'Ontario).

cette même solution aux jours religieux des autres confessions représentées dans les écoles, de créer des difficultés logistiques insurmontables pour les écoles et la commission scolaire dans la confection du calendrier scolaire. En effet, en tenant compte de tous les jours fériés religieux à considérer (juifs, musulmans, orthodoxes, etc.), il ne resterait pas assez de jours scolaires pour atteindre le minimum prévu par la loi et considéré comme nécessaire pour des raisons pédagogiques¹⁰³.

Ce point de vue a également été adopté par le ministère de l'Éducation du Québec qui évite la position consistant à accorder à toutes les fêtes religieuses les mêmes droits qu'à celles qui relèvent de la tradition chrétienne et s'inspire de l'approche en vigueur en Ontario en incitant les milieux à trouver des accommodements individuels permettant aux élèves de s'absenter pour un ensemble limité de fêtes, durant lesquelles on s'efforce de ne prévoir aucun examen ou activité pédagogique exceptionnelle¹⁰⁴.

En France, la jurisprudence distingue entre les fêtes religieuses et le samedi. Pour les fêtes religieuses, les élèves devraient pouvoir bénéficier individuellement des autorisations d'absence nécessaires dans les cas où ces autorisations sont compatibles avec l'accomplissement des tâches inhérentes aux études. Par contre, il y a eu refus de la dérogation systématique pour le samedi, dès lors que l'emploi du

103. Dans son ouvrage *Finding our Way : Rethinking Ethnocultural Relations in Canada*, Toronto, Oxford University Press, 1998, à la p. 48, le philosophe politique Will Kymlicka propose de remplacer certains des jours fériés traditionnels, correspondant aux fêtes religieuses chrétiennes, par des jours fériés correspondant aux principales fêtes religieuses des autres religions les plus représentées au Canada (par exemple le *Yom Kippour* et l'*Aïd el-Khebir*). Il y verrait deux avantages : en premier lieu, les bénéfices et les coûts associés à ces jours fériés seraient plus équitablement distribués entre les groupes appartenant aux diverses religions ; en second lieu, les membres de la majorité apprendraient à mieux connaître les religions minoritaires. Une suggestion similaire a été faite (sans là non plus être suivie d'effets) dans le rapport de la *Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République* remis au Président de la République française le 11 décembre 2003. La commission était présidée par M. Bernard Stasi.

104. M. McANDREW, *op. cit.*, p. 139. William F. FOSTER & William J. SMITH, « Religion and Education in Canada : Part III – An Analysis of Provincial Legislation », (2000-2001) 11 *Education and Law Journal* 203, p. 244, soulignent que la grande majorité des provinces et territoires ont des législations prévoyant le droit des élèves de s'absenter un jour de fête religieuse ; ils ajoutent : « The mere absence of exceptions to school attendance for religious reasons in a number of jurisdictions is not itself problematic ; however, if a school were to deny such exceptions to students, then such policy or practice would infringe the reasonable accommodation requirement found in human rights norms and jurisprudence ».

temps comprend un nombre important de cours et de contrôles le samedi matin. De même, l'administration veille à ne pas fixer les dates d'examens et de concours d'une manière qui exclurait les élèves pratiquants¹⁰⁵.

Aux États-Unis, les écoles ne sont pas tenues de fermer pour les fêtes religieuses, mais peuvent décider de le faire pour des raisons pratiques, par exemple lorsqu'il est prévisible qu'un grand nombre d'étudiants seront absents. La plupart des états ont adopté des législations permettant un certain nombre d'absences excusées pour fêtes religieuses. Si cette possibilité n'était pas prévue dans un texte législatif, elle pourrait être réclamée sur la base de la clause de libre exercice du Premier amendement, aucun élève ne devant être pénalisé pour s'être absenté pour une fête religieuse.

2. Les aménagements réclamés pour les enseignants

Dans l'affaire *Bergevin*¹⁰⁶, en se fondant sur l'article 10 de la *Charte québécoise*, la Cour suprême du Canada 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'appel¹⁰⁷ 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*. La Cour d'appel du Québec, à la majorité, avait considéré que le fait d'accorder

105. Yann AGUILA, « Le temps de l'école et le temps de Dieu », (1995) 11 *Revue française de droit administratif* 585 ; P. WACHSMANN, *op. cit.*, 487-488.

106. *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, précité.

107. (1992) 48 Q.A.C. 34.

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 visés 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 »¹⁰⁸. 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)¹⁰⁹.

Un des arguments des défenseurs consistait à prétendre que si l'on permettait aux enseignants juifs de s'absenter un jour par an pour le *Yom Kippour*, d'autres enseignants risqueraient de s'appuyer sur ce précédent pour réclamer des arrangements plus considérables, comme le droit de s'absenter un jour par semaine le vendredi et, dès lors, le principe d'égalité empêcherait qu'on refuse aux uns ce qu'on a reconnu aux autres. La Cour suprême a cependant écarté ce motif de la façon suivante, par la voix du juge Cory : « Je reconnais que, dans d'autres cas, il pourra exister des circonstances où l'accommodement raisonnable serait impossible. Par exemple, si un enseignant devait, à cause de ses croyances religieuses, s'absenter tous les vendredis de l'année, il pourrait bien alors être impossible pour l'employeur de composer raisonnablement avec les croyances et les exigences religieuses de cet enseignant »¹¹⁰. Autrement dit, les limites de l'obligation d'accommodement découlent du concept même d'accommodement « raisonnable » : si les musulmans demandaient un jour de congé par semaine, plutôt qu'un jour par an comme les juifs, cela ne serait pas raisonnable et n'entraînerait donc pas d'obligation correspondante pour l'employeur.

Aux États-Unis, les commissions scolaires sont également sous le coup d'une obligation d'accommodement raisonnable à l'égard des enseignants qui veulent s'absenter pour des raisons religieuses, tant en vertu de la clause de libre exercice du Premier amendement que du Titre VII du *Civil Rights Act* de 1964. Cela signifie au moins que lorsque les enseignants ont droit à un certain nombre de congés payés pour des raisons personnelles, on ne peut leur refuser de les utiliser

108. *Bergevin*, précité, 546-550 (j. Cory).

109. *Ibid.*, 550 (j. Cory).

110. *Ibid.*, 551 (j. Cory).

pour des raisons religieuses. Par contre, les décisions des tribunaux sont contradictoires sur la question de savoir si l'employeur doit leur offrir des congés supplémentaires pour fêtes religieuses¹¹¹.

CONCLUSION

La conjonction des principes que nous venons d'exposer produit des résultats qui ne sont pas toujours faciles à expliquer et à justifier au regard de l'opinion publique. Ainsi, celle-ci se demande parfois s'il est bien logique de « sortir » les religions majoritaires de l'école publique (comme la Cour d'appel de l'Ontario l'a fait pour les prières et l'enseignement confessionnel chrétiens), et dans le même temps d'offrir des accommodements qui y font « entrer » les religions minoritaires (autorisation du port du *kirpan* et du *hijab*, dispenses pour fêtes religieuses, etc.). Paradoxalement, semble-t-il, après avoir demandé l'abolition des pratiques majoritaires en invoquant sa liberté négative ainsi que le principe de neutralité, la minorité invoque sa liberté positive pour obtenir l'autorisation de ses propres pratiques¹¹². La réponse est que, dans le premier cas, il s'agissait de manifestations religieuses imposées ou endossées par l'autorité publique (cependant, comme on l'a vu, il aurait été théoriquement possible de considérer que l'existence d'une possibilité de dispense protégeait suffisamment la liberté de religion et de conscience), alors

111. Voir : Julius MENACKER, « Teacher's Rights to Observe Holy Days : A United States-Canada Comparison », (1997) 7 *Education and Law Journal* 209.
112. Sur les attitudes et les craintes parfois suscitées par la diversité religieuse de la société québécoise, voir : Sophie THERRIEN, « La diversité religieuse et les institutions publiques : quelques orientations » dans *La religion dans la sphère publique* (sous la direction de Solange Lefebvre), Montréal, les Presses de l'Université de Montréal, 2005, p. 70, p. 85 : « Aujourd'hui on peut constater que le paysage religieux est en réorganisation sous l'effet de plusieurs forces distinctes et parfois opposées : une sortie des religions jusqu'à maintenant dominantes attestée par la croissance du nombre de personnes déclarant n'avoir aucune affiliation religieuse ; un intérêt pour une spiritualité vécue à plus petite échelle qui se manifeste par la popularité des petites églises évangéliques et des mouvements nouvel âge et, bien sûr, la croissance des religions telles l'islam, le sikkisme, le bouddhisme et l'hindouisme, surtout alimentée par l'immigration récente » [...]. Ces attitudes et ces craintes, que l'on retrouve dans tous les secteurs, sont le plus souvent les suivantes : la crainte de voir l'espace civique redevenir religieux, alors qu'on voit généralement la laïcisation en cours comme un gain par rapport à la situation antérieure et un rempart contre l'influence abusive du clergé ; la peur d'assister à une montée de l'intégrisme et de voir éventuellement certains groupes imposer à tous des normes jugées comme inacceptables ; l'impression que les droits reconnus à certains (minoritaires) sont dans les faits enlevés, retirés aux autres (majoritaires) ; les amalgames dangereux [...] entre certains groupes religieux et une menace terroriste [...] ; la méconnaissance ou l'incompréhension du concept de laïcité tant au sein du groupe majoritaire que les différents groupes religieux ».

que, dans le deuxième cas, il s'agit d'aménagements réclamés par des individus qui veulent pratiquer leur religion.

Parmi les idées bien implantées dans l'opinion commune, on trouve également celle voulant que les accommodements reconnus en matière religieuse constituent des « privilèges » qui entraînent une rupture de l'égalité entre citoyens. Cependant, on méconnaît par là que l'accommodement est précisément une conséquence du droit à l'égalité compris comme le droit des minorités – religieuses en l'espèce – de maintenir leurs différences par rapport à la majorité en bénéficiant d'accommodements et d'adaptations à l'égard de normes neutres, applicables de façon uniforme à tous, mais qui ont des effets préjudiciables sur la liberté religieuse de certains groupes. Un traitement identique appliqué dans un contexte de pluralisme religieux risque d'entraîner des conséquences oppressives et injustes parce qu'il oblige les minoritaires à s'aligner sur le modèle hégémonique de la majorité ; il leur refuse la reconnaissance de leur identité propre.

Enfin, un autre argument souvent entendu veut que les accommodements réclamés par les minorités soient incompatibles avec les droits de la majorité et obligent cette dernière à modifier son mode de vie pour l'adapter à celui des minorités. Lorsque les conduites et manifestations religieuses en cause relèvent de l'initiative individuelle, ce reproche n'est d'habitude pas fondé, car minoritaires et majoritaires ont alors des droits compatibles et même convergents. Permettre le *hijab* et le *kirpan* à l'école non seulement n'est pas incompatible avec le fait d'y permettre le port de la croix, mais l'un exige l'autre à cause du principe de non-discrimination ; le port de leurs signes par les minoritaires n'a pas d'effet négatif sur le mode de vie de la majorité. Par contre, lorsqu'il s'agit de décisions relevant de l'institution scolaire, comme les cours d'enseignement religieux ou les prières organisées par l'école elle-même, il peut y avoir effectivement conflit entre les droits de la majorité, si celle-ci veut de tels arrangements, et ceux de la minorité, si cette dernière s'estime brimée par leur existence. Sauf à considérer que les droits de la minorité sont suffisamment sauvegardés par l'existence d'un droit à la dispense, ce que les tribunaux canadiens ont refusé de faire, il faut alors donner raison à l'une et tort à l'autre des deux positions. Pourtant, il n'est pas illogique ou illégitime d'estimer que, lorsque les minoritaires veulent la disparition des prières ou de l'enseignement confessionnel dont ils ont la liberté de s'absenter, ce sont eux qui font preuve d'intolérance en refusant les concessions souhaitables. Qu'on le déplore ou qu'on s'en félicite, ce n'est pas l'optique qui a été retenue en droit canadien. Pour prendre cet autre exemple, si minorité et majo-

rité ne s'entendent pas sur la présence de symboles religieux placés sur les murs de l'école par la direction de celle-ci, aucune solution de compromis n'est possible. Dans de tels cas, la majorité devra effectivement changer ses habitudes pour s'ajuster à la minorité.

Néanmoins, on peut sans doute partir de l'idée que, dans tous les cas où cela est possible, les accommodements devraient de préférence consister en des dispenses, exemptions et exceptions au profit des minoritaires plutôt qu'en des modifications structurelles du système en place pour la majorité. Si ce principe n'a pas été retenu pour les prières et l'enseignement confessionnel à l'école, il l'a par contre été, comme nous l'avons constaté, pour la question des fêtes religieuses, les tribunaux ayant refusé la solution du réaménagement structurel du calendrier scolaire au profit du système des autorisations d'absence individuelles¹¹³. Le respect d'un tel principe facilite également la prise en compte de l'égalité religieuse. Une modification structurelle rompt l'égalité religieuse, à moins que toutes les religions ne soient mises sur un pied d'égalité, ce qui est la plupart du temps impossible. Par exemple, dans le domaine des congés pour fêtes religieuses, des aménagements structurels tenant compte de toutes les religions existantes deviendraient ingérables. Par contre, des aménagements individuels, sous forme de dispenses ou d'exemptions, permettent de mettre tout le monde sur un pied d'égalité et facilitent le fonctionnement du système scolaire.

On adresse généralement deux sortes de critiques aux mesures d'accommodement adoptées, volontairement ou par obligation juridique, dans les institutions publiques et en particulier dans les écoles publiques, les unes reliées aux dangers qu'elles pourraient entraîner pour les droits individuels de certaines personnes membres d'une

113. Deux raisons peuvent expliquer cette différence de traitement. En premier, les tribunaux semblent avoir considéré, sur la base de la preuve factuelle présentée par les parties, que l'obligation de demander une dispense de participation aux prières ou à l'enseignement confessionnel était beaucoup plus susceptible d'entraîner la marginalisation des élèves concernés que l'obligation de présenter un billet des parents justifiant une absence pour raisons de fête religieuse. Cette analyse semble assez réaliste car, alors que l'absence pour fête religieuse est épisodique et que l'élève concerné pourrait avoir été absent pour toutes sortes d'autres motifs, la non-participation aux prières ou à l'enseignement est régulière et systématique et ses motifs sont facilement identifiables par les pairs. En second lieu, le calendrier scolaire a des justifications laïques, alors que les prières et l'enseignement confessionnel sont destinés à favoriser les convictions et la pratique religieuse ce qui constitue selon la jurisprudence un objectif incompatible avec les chartes et, donc, inacceptable sous le régime de leurs clauses limitatives.

minorité, les autres portant sur les risques qu'elles feraient courir à l'intégration sociale des minorités.

Pour ce qui est de cette deuxième critique, on reproche à la politique consistant à favoriser la préservation et la transmission des cultures et des religions d'origine des minorités d'installer une mentalité de la division et une psychologie de la séparation, d'encourager et de valoriser l'appartenance à des sous-communautés plutôt qu'à la collectivité dans son ensemble, de favoriser la ghettoïsation des minorités, de légitimer le communautarisme. Ces critiques semblent cependant exagérées. La politique de l'accommodement a essentiellement pour but de favoriser *l'inclusion* des minorités et des immigrants dans la société d'accueil, notamment en leur permettant de se soustraire aux normes qui entraînent une discrimination directe ou indirecte à leur endroit. La politique de l'accommodement et du pluralisme repose sur le pari que la reconnaissance de la différence et les adaptations qui sont consenties aux minorités faciliteront, à moyen et à long terme, leur intégration harmonieuse dans la société, même si, à court terme, ces politiques peuvent avoir pour effet de souligner, voire d'exacerber, certains traits et comportements particuliers de ces groupes. Ainsi, l'adaptation du calendrier scolaire aux fêtes religieuses des minorités et l'acceptation du port des signes religieux feront en sorte que les membres de ces minorités se sentiront plus à l'aise dans l'enseignement public et choisiront plus volontiers d'y envoyer leurs enfants et d'y participer en tant que parents d'élèves, plutôt que de faire appel à des établissements d'enseignement privés.

La seconde critique dirigée contre les mesures d'accommodement raisonnable porte sur les dangers qu'elle est susceptible de faire courir aux droits individuels des membres des groupes minoritaires. Pour préciser la portée de cette critique, il faut insister sur le fait que, sur le plan juridique, l'accommodement raisonnable conduit à un statut distinct qui n'est jamais imposé aux membres des minorités. Ceux-ci peuvent toujours choisir d'obéir aux lois générales et de ne pas réclamer le droit à l'exemption. Ils peuvent donc décider de rompre avec leur religion et leur culture pour rejoindre le groupe majoritaire. Autrement dit, l'appartenance à la minorité et le régime distinct qui l'accompagne ne sont jamais subis ; ils doivent toujours être désirés. Cependant, il est vrai que, sur un plan sociologique, on peut craindre que les mesures de préservation des cultures d'origine n'empêchent – ou du moins ne retardent – la « modernisation » des communautés immigrantes, c'est-à-dire l'adoption par celles-ci des valeurs individualistes, libérales, rationalistes et séculières qui constituent le propre des sociétés démocratiques et libérales avancées. L'accommo-

dement raisonnable pourrait donc favoriser le maintien, au sein de ces collectivités, des valeurs communautaires et des pratiques traditionnelles, dont certaines limitent l'autonomie de leurs membres et l'accès de ceux-ci aux options qu'offre la société plus large. Ce reproche s'applique particulièrement aux mesures qui autorisent ou favorisent les pratiques de certaines religions traditionnelles dans la mesure où celles-ci véhiculent une conception du monde conservatrice, théocratique, souvent autoritaire et patriarcale. L'exemple par excellence est évidemment celui des pratiques religieuses et culturelles qui assignent aux femmes un statut subordonné, comme par exemple le port du *hijab*. Or le fait que le *hijab* soit accepté, au nom de l'accommodement raisonnable, dans l'espace public, par exemple dans les écoles, facilite le maintien de cette pratique dans le cadre familial et communautaire. S'il est vrai que rien n'oblige juridiquement les femmes à porter le voile, le fait qu'il soit autorisé à l'école permet aux familles d'exercer une pression morale et sociale sur les jeunes filles pour les forcer à le porter contre leur gré. Cependant, pour conserver cet exemple, 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 privée¹¹⁴. 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.

114. C'est ce que soulignait le Conseil du statut de la femme dans un document de 1995 intitulé *Réflexions sur la question du port du voile à l'école*.