

Université de Montréal

**Le port des signes religieux dans l'espace public :
Une réflexion à partir du droit international et d'une
comparaison entre le Canada, les États-Unis, la France et la
Suisse**

par
Fred Dufresne

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de L.L.M.
en droit
option recherche

30 août 2013

© Fred Dufresne, 2013

Université de Montréal
Faculté des études supérieures et postdoctorales

Université de Montréal
Faculté des études supérieures et postdoctorales

Ce mémoire intitulé :

Le Port des signes religieux dans l'espace public : Une réflexion à partir du droit international et d'une comparaison entre le Canada, les États-Unis, la France et la Suisse

Présentée par :
Fred Dufresne

a été évaluée par un jury composé des personnes suivantes :

[Taper le nom] ,
président-rapporteur

Jean-François Gaudreault-Desbiens
directeur de recherche

Nanette Neuwahl, membre du jury

Harith Al-Dabbagh, membre du jury

Résumé

Après avoir établi les bases méthodologiques de cette recherche, nous avons débuté notre réflexion en inscrivant la problématique du port des signes religieux dans l'espace public dans le débat qui perdure entre les perspectives différentialiste et universaliste au niveau de l'application des droits à l'égalité. Par la suite, nous effectuons un survol des cadres conceptuels appropriés à l'analyse du sujet: le libéralisme classique et le républicanisme qui se rapportent à la vision universaliste. Les divers types de féminisme juridique, la théorie de l'intersectionnalité, l'approche communautarienne, le libéralisme repensé de Kymlicka et les valeurs relatives au droit à l'égalité de Sandra Fredman qui se rangent sous la houlette de la philosophie différentialiste. Par la suite, le libéralisme repensé de Kymlicka et les valeurs relatives au droit à l'égalité de Fredman sont identifiés comme étant les cadres les plus appropriés à l'analyse du sujet à l'étude. Dans cette même optique, notre examen du droit international nous a permis de démontrer que pendant que le droit européen se range davantage dans la perspective universaliste au niveau de l'examen du droit à la liberté de religion, tel n'est pas le cas pour le droit onusien qui se joint timidement à la vision différentialiste et donc, du libéralisme repensé de Kymlicka et de la perspective des droits à l'égalité de Fredman. Au niveau des systèmes juridiques des États-Unis, du Canada, de la France et de la Suisse, nous avons vu une application intermittente des deux perspectives dépendant du domaine d'activité en cause. Cependant, le Canada est ressorti de notre analyse comme étant celle ayant une approche plus axée sur la vision différentialiste en raison de sa neutralité inclusive ou bienveillante qui accorde une grande place à l'inclusion et à l'égalité réelle de ces nationaux.

Mots-clés : Liberté de religion - droit international - droit constitutionnel - droits à l'égalité - signes religieux- espace public - neutralité - laïcité - accommodement religieux - États-Unis - France - Suisse - Canada

Abstract

After establishing the methodological foundations of this study, we began our reflection by examining the issue of wearing religious symbols in the public sphere within the context of the debate between differentialist and universalist perspectives in the application of equality rights. Afterwards, we conducted an overview of conceptual frameworks related to the analysis of the subject: classical liberalism and republicanism from a universalist vision, diverse types of legal feminism, the theory of intersectionality, the communitarian approach, Kymlicka's renewed liberalism and the values related to Sandra Fredman's equality of law that are aligned within differentialist philosophy. We subsequently identified Kymlicka's renewed liberalism and the values related to Fredman's equality of law as being the most appropriate framework for the analysis of the subject under study. Our study of international law allowed us to demonstrate that while European law tends to apply the universalist perspective in the application of rights to freedom of religion, this is not the case with United Nations law that adheres to a differentialist vision, and thus of Kymlicka's renewed liberalism and of Fredman's equality perspective. With respect to the judicial systems of the United States, Canada, France and Switzerland, we found an intermittent application of both perspectives depending upon the domain of activity. However, Canada stood out in our analysis as having an approach more focussed on the differentialist vision as a result of its inclusive neutrality that focuses on the notions of inclusion and substantive equality for its nationals.

Keywords : Freedom of religion - International Law - Constitutional Law - Equality Rights - Religious Symbols - Public Sphere - neutrality - laïcité - Reasonable Accommodation - United States - France -Switzerland - Canada

Table des matières

Résumé	i
Abstract.....	iii
Liste des abréviations.....	xii
Introduction.....	1
Chapitre premier : Considérations méthodologiques.....	9
Introduction.....	9
I. Contexte de la recherche.....	10
1.1 La séparation de la religion du droit international	13
II. Définition des concepts-clés de la recherche.....	18
2.1 Signe religieux	18
2.2 Espace public	23
III. Justification du recours au droit comparé comme méthode de comparaison des systèmes juridiques des quatre États.....	26
IV Justification du choix du Canada, des États-Unis, de la France et de la Suisse comme objets d'étude de la recherche.....	29
Chapitre deuxième : Cadre théorique relatif au port des signes religieux dans l'espace public.....	36
Introduction.....	36
I. Dimensions et perspectives relatives à la liberté de religion.....	37

II. Les courants théoriques relatifs aux perspectives différentialiste et universaliste des droits à l'égalité dans le contexte de la liberté de religion.....	40
2.1 Les cadres philosophiques relatifs à la perspective universaliste ou le maintien du statu quo en matière de liberté religieuse.....	40
2.1.1 Le Libéralisme classique.....	40
2.1.2 Le Républicanisme modernisé.....	42
2.2 Survol de certains cadres philosophiques relatifs à la perspective différentialiste: le traitement différencié en matière de liberté religieuse.....	45
2.2.1 Les divers types de féminismes juridiques.....	45
2.2.2 La Théorie de l'intersectionnalité.....	47
2.2.3 L'approche communautarienne.....	48
2.2.4 Le libéralisme repensé.....	49
Chapitre troisième : Signification, portée et limite de la liberté de religion en droit international onusien et européen.....	54
Introduction.....	54
I. La liberté de religion en droit onusien et européen.....	55
1.1 Signification et portée des notions de « <i>Forum internum</i> » et de « <i>Forum externum</i> » en matière de liberté religieuse en droit onusien et européen.....	57
1.2 La portée des articles 18 du Pacte et 9 de la Convention européenne quant aux droits individuels et collectifs dans le contexte de la liberté de religion.....	62
II. Les restrictions relatives aux articles 9 de la Convention européenne et 18 du Pacte	64
III. La doctrine de la Marge nationale d'appréciation dans le contexte de l'article 9 de la Convention européenne : origine, fondements, portée et limites en droit européen.....	67
Chapitre quatrième : La jurisprudence des systèmes de droit onusien et européen en rapport au port des signes religieux dans l'espace public.....	73
Introduction.....	73

I. Le port des signes religieux dans la jurisprudence du Comité des droits de l’homme de l’ONU : L’évolution du droit onusien de l’égalité formelle vers l’égalité réelle.....	75
II. Le port des signes religieux dans l’espace public au sein de la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l’homme: la promotion de la perspective universaliste sans le recours à la marge nationale d’appréciation.....	81
III. Le port des signes religieux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme: maintien de la perspective universaliste et recours «intempestif» à la marge nationale d’appréciation	86
3.1 La Cour européenne et le port des signes religieux dans les écoles primaires, secondaire et les collèges publics.....	86
3.2 La Cour européenne et le port des signes religieux dans les universités	93
3.3 La Cour européenne et le port des signes religieux au sein de l’administration gouvernementale et dans les édifices gouvernementaux	95
3.4 La Cour européenne et le port des signes religieux dans les centres hospitaliers et autres services médicaux	97
3.5 La Cour européenne et le port des signes religieux au sein des forces armées et des forces de l’ordre	99
3.6 La Cour européenne et le port des signes religieux dans les rues et autres lieux publics	100
3.7 La Cour européenne et le port des signes religieux dans les aéroports, les avions, les aéronefs et autres transports publics.....	102

Chapitre cinquième : Laïcité, neutralité de l’État, liberté de religion et accommodement religieux au sein des systèmes juridiques du Canada, des États-Unis, de la France et de la Suisse.....	104
Introduction	104
I. Laïcité, liberté de religion, neutralité et accommodement religieux en France.....	106
1.1 Facteurs ayant contribué à l’émergence de la laïcité en France.....	106
1.2 Signification, portée et limites de la laïcité en France	111

1.2.1	La Commission Stasi: Élément décisif quant à la prise de position de l'État français sur le port des signes religieux dans l'espace public.....	118
1.3	Le droit à la liberté de religion en France	124
1.4	Laïcité et accommodement religieux en France.....	129
II.	Laïcité, liberté de religion et accommodement religieux en Suisse	134
2.1	Les facteurs relatifs au développement de la laïcité en Suisse.....	134
2.2	Fondements, portée et limites de la laïcité en Suisse	136
2.3	Le droit à la liberté de religion en Suisse	143
2.4	Laïcité, accommodement religieux en Suisse	147
III.	Neutralité, liberté de religion, et accommodements religieux aux États-Unis.....	150
3.1	Les facteurs relatifs au développement de la neutralité religieuse aux États-Unis.....	150
3.2	Signification, portée et limites du principe de neutralité aux États-Unis.....	154
3.3	Le droit à la liberté de religion aux États-Unis	161
3.4	Accommodement religieux et liberté religion aux États-Unis.....	168
IV.	Liberté de religion, neutralité et accommodement religieux au Canada	175
4.1	Les facteurs responsables de l'émergence de la neutralité de l'État canadien	175
4.2	Fondements, signification, portée et limites du principe de la neutralité de l'État au Canada	177
4.3	Signification, portée et limites du droit à la liberté de religion au Canada....	185
4.4	L'obligation d'accommodement dans le contexte religieux au Canada	192

Chapitre sixième : Le fardeau de la preuve relatif au port des signes religieux dans l'espace public au sein du Canada, des États-Unis, de la France et de la Suisse..... 201

	Introduction.....	201
I.	Le fardeau de la preuve relatif à la liberté de religion au Canada	202
II.	Le fardeau de la preuve relatif à la liberté de religion aux États-Unis	211
III.	Le fardeau de la preuve relatif à la liberté de religion en France.....	216
IV.	Le fardeau de la preuve relatif à la liberté de religion en Suisse	221

Chapitre septième : La jurisprudence du Canada, des États-Unis, de la France et de la Suisse relative au port des signes religieux dans l'espace public	225
Introduction	225
I. La jurisprudence du Canada, de la France, des États-Unis et de la Suisse quant au port des signes religieux dans les établissements scolaires par les élèves.....	226
1.1 Le port des signes religieux par les élèves dans les établissements scolaires au Canada	226
1.2 Le port des signes religieux par les élèves dans les établissements scolaires aux États-Unis.....	229
1.3 Le port des signes religieux par les élèves dans les établissements scolaires en France.....	232
1.4 Le port des signes religieux par les élèves dans les établissements scolaires en Suisse	233
II. La jurisprudence du Canada, des États-Unis, de la France et de la Suisse relative au port des signes religieux dans les établissements scolaires par les enseignants et le personnel administratif scolaire	236
2.1 La position des tribunaux des États-Unis quant au port des signes religieux par les enseignants et le personnel administratif des institutions scolaires.....	236
2.2 La position des tribunaux de la France quant au port des signes religieux par les enseignants et le personnel administratif des institutions scolaires.....	239
2.3 La position des tribunaux de la Suisse quant au port des signes religieux par les enseignants et le personnel administratif des institutions scolaires.....	241
2.4 La position des tribunaux du Canada quant au port des signes religieux par les enseignants et le personnel administratif des institutions scolaires	242
III. La jurisprudence du Canada, des États-Unis, de la France et de la Suisse relative au port des signes religieux dans les salles d'audience des tribunaux.....	244
Introduction.....	244

3.1	Le port des signes religieux dans les salles d’audience des tribunaux au sein de la jurisprudence des instances judiciaires du Canada : La saga N.S.....	244
3.2	Le port des signes religieux dans les salles d’audience des tribunaux aux États-Unis	249
3.3	Le port des signes religieux dans les salles d’audience des tribunaux en France et en Suisse.....	255
IV.	La jurisprudence du Canada, des États-Unis, de la France et de la Suisse relative au port des signes religieux dans le secteur privé	256
	Introduction.....	256
4.1	Le port des signes religieux dans le secteur privé au Canada.....	256
4.2	Le port des signes religieux dans le secteur privé aux États-Unis.....	258
4.3	Le port des signes religieux dans le secteur privé en France.....	261
V.	La jurisprudence du Canada, des États-Unis, de la France et de la Suisse relative au port des signes religieux dans la police et l’armée.....	265
	Introduction.....	265
5.1	Le port des signes religieux dans l’armée et la police au Canada.....	265
5.2	Le port des signes religieux dans l’armée et la police aux États-Unis.....	266
5.3	Le port des signes religieux dans l’armée et la police en France.....	271
VI.	La jurisprudence du Canada, des États-Unis, de la France et de la Suisse relative au port des signes religieux dans centres de détention	273
	Introduction.....	273
6.1	Le port des signes religieux dans les centres de détention aux États-Unis....	273
6.2	Le port des signes religieux dans les centres de détention en France	275
VII.	La jurisprudence du Canada, des États-Unis, de la France et de la Suisse relative au port des signes religieux en rapport au système de délivrance du permis de conduire..	277
	Introduction.....	277
7.1	Le port des signes religieux et le système de délivrance du permis de conduire aux États-Unis.....	277

7.2	Le port des signes religieux et le système de délivrance du permis de conduire en France	278
7.3	Le port des signes religieux et le système de délivrance du permis de conduire au Canada	279
VIII.	La jurisprudence du Canada, des États-Unis, de la France et de la Suisse relative au port des signes religieux dans d'autres sphères telles que le système de reconnaissance du statut de réfugié et l'octroi de la citoyenneté	280
	Introduction	280
8.1	Le port des signes religieux et l'octroi du statut de réfugié au Canada	280
8.2	Le port des signes religieux et l'octroi de la citoyenneté en Suisse	281
	Conclusion.....	283
	Bibliographie	i

Liste des abréviations

A.B.S	American Behavioral Scientist
Brig. Yg. U. L. R.	Brigham Young University Law Review
B.J. of S.	British Journal of Sociology
C.A.R.S	Canadian American Research Series
C.L.R.	Cardozo Law Review
C.R.D.F.	Centre de Recherche en Droit Français
Drt. & S.	Droit et Société
Ed. S.	Educational Studies
E.E.E.	Equity and Excellence in Education
E. H.R. L. R.	European Human Rights Law Review
E.I.L.Rev.	Emory International Law Review
H.R.Q.	Human Rights Quarterly
Ind.J.Glob.L.S.	Indian Journal of Global Legal Studies
Ind. L.J.	Indiana Law Journal
Int. L. & Pol.	International Law & Politics
J. of P.R.	Journal of Peace and Research
M. Int. S. R.	Mershon International Studies Review
M.L.R.	Modern Law Review
N.C. L. Rev.	North Carolina Law Review
N.D.Law Rev.	Notre Dame Law Review
R.F.Sc. Pol.	Revue française de sciences politiques
R.G.D.	Revue générale de droit
R.D.P.	Revue de droit public
R.D. McGill	Revue de droit de McGill
Stan. L.R.	Stanford Law Review
Soc. & L.S.	Social and Legal Studies

<i>S. & S.</i>	Sociologie et Société
<i>T.C.S.A.J</i>	The College Student Affairs Journal
<i>U.B.C.L.R.</i>	University of British Columbia Law Review

Remerciements

Je désire remercier mon directeur de recherche, Jean-François Gaudreault-Desbiens qui a fait preuve d'une grande patience à mon égard tout m'offrant un appui exceptionnel tout au long de mon cheminement de recherche et d'analyse.

Je tiens également à remercier ma conjointe Josée Makropoulos qui m'a encouragé tout au long du processus de maîtrise et qui m'a donné Nicholas à qui je dédie ce mémoire. De plus, je me dois de souligner le soutien de Carl Jacob qui a été une grande source de motivation pour moi, ainsi que Evelyne Morrissette, Sebastien Mayer, Kamal Dib et Ian Donaldson.

Je dois remercier ma mère qui m'a toujours encouragé à faire des études ainsi que mes sœurs Nathalie et Marie-Love.

Je tiens également à remercier trois bonnes amies qui m'ont beaucoup encouragé durant toute la maîtrise : Stephanie Manson, Stephanie Lalonde et Tamara Feick-Girard.

Le port des signes religieux dans l'espace public : Une réflexion à partir du droit international et d'une comparaison entre le Canada, les États-Unis, la France et la Suisse

Introduction

Depuis les débuts de la pensée scientifique, voire même avant, le fait religieux a toujours été l'objet de débats particulièrement houleux et d'interprétations diverses. Par exemple, la pensée marxienne le conceptualise comme un mécanisme d'aliénation de la classe laborieuse en le qualifiant «d'opium du peuple»¹, alors qu'Alexis de Tocqueville² pour sa part, le perçoit comme un élément clé du développement de la démocratie américaine. Émile Durkheim y voit un facteur de cohésion sociale, pendant que la pensée wébérienne le conçoit comme un mécanisme d'arrachement au désenchantement du monde³. Il n'est donc guère surprenant aujourd'hui de constater que le débat sur la religion et plus particulièrement sur le port des signes religieux dans l'espace public, continue de battre son plein sur la scène internationale. Les États occidentaux, confrontés aux réalités et défis posés par l'immigration et la diversité religieuse, y répondent de diverses façons et dans certains cas, avec beaucoup de difficultés et dans la controverse.

La littérature associe ces difficultés à plusieurs craintes de sociétés dont les principales sont : la peur du communautarisme, c'est-à-dire qu'un droit religieux accordé à un individu fasse boule de neige et s'applique à tous et par le fait même, retire la religion de l'espace

¹ Marx, Karl Engels, Friedrich, *Sur la religion : Recueil de textes*, Paris, Éditions Sociales, 1972, 318 p.

² De Tocqueville, Alexis, *De la démocratie en Amérique*, Paris, Garnier Flammarion, Vol. 2, 1981, 178 p.

³ Durkheim, Émile, *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, Paris, Livre de Poche, 1991, 647 p. Selon la perspective fonctionnaliste de Durkheim, la religion serait une importante source de cohésion sociale en raison principalement de ses fonctions de régulation et d'intégration sociales qui tourneraient autour des principes de la moralité; Weber, Max, *Sociologie des religions*, Paris, Gallimard, 1996, 546 p. Les notions de «rationalisation» et de «désenchantement» sont au cœur de la pensée wébérienne, car dans leur avancement historique, les sociétés abandonnent le prophétisme et la magie pour se tourner vers des méthodes rationnelles basées sur la logique et la raison. Dans ce contexte, la religion a pour rôle principal de régler les rapports des puissances naturelles avec les individus.

privé⁴; le souci que les revendications des religions minoritaires 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 religieuses⁵; la peur de la disparition des valeurs communes et donc, la nécessité de retourner vers une certaine homogénéité sociale qui passe par l'intégration, voire même, l'assimilation des minorités religieuses⁶; l'hostilité à l'endroit de certaines religions minoritaires dont l'activisme des membres est perçu comme une menace à la société d'accueil⁷; et, la crainte de porter atteinte aux valeurs relatives à l'égalité entre les sexes qui détient un statut constitutionnel au sein de plusieurs États de la communauté internationale, y compris, les États-Unis, le Canada, la France et la Suisse qui seront analysés dans le cadre ce mémoire⁸.

Au moment même où ces lignes sont écrites, le Canada vient d'adopter une politique qui interdit aux femmes musulmanes le port du *niqab* et de la *burqa* lors des cérémonies d'assermentation pour l'obtention de la citoyenneté canadienne⁹. La France a suivi

⁴Tremblay, Stephanie. «Entre pluralisme religieux et appartenance citoyenne : Quel rôle pour l'école québécoise?» dans Paul Eid et Al, dir., *Appartenances religieuses, appartenance citoyenne*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2009, p.393

⁵ *Ibid* p. 394-395

⁶ *Ibid* p. 395. Selon Stephanie Tremblay, ces «valeurs communes» ne sont pas claires et font rarement l'unanimité au sein des sociétés occidentales ouvertes à l'immigration. Par ailleurs, plusieurs études menées dans la province de Québec sur la perception qu'une grave menace pèse sur la vie collective de cette province en raison d'une augmentation débridée des demandes d'accommodements des minorités religieuses se sont avérées, après enquête auprès des praticiens œuvrant sur le terrain, largement non fondées. Voir : Comité consultatif sur l'intégration et l'accommodement raisonnable en milieu scolaire, *Une école québécoise inclusive : dialogue, valeurs et repères communs*, Québec, Gouvernement du Québec, 2007, en ligne : www.mels.gouv.qc.ca/sections/accommodement/pdf/RapportaccRaisonnable.pdf; Commission de consultation sur les pratiques d'accommodements reliées aux différences culturelles, *Fonder l'avenir. Le temps de la conciliation*, Québec, Gouvernement du Québec, 2008, en ligne : <http://manuscritdepot.com/internet-litteraire/document-pdf.01/rapport-final-integral-ft.pdf>

⁷ Behloul, Samuel-Martin. *Muslims in Central Switzerland From Migrants to Diaspora-Muslims*, Switzerland, Department for the Study of Religions 2004, p. 22

⁸ Gaudreault-Desbiens, Jean-François, «Quelques angles morts du débat sur l'accommodement raisonnable à la lumière de la question du port des signes religieux à l'école publique : Réflexion en forme de points d'interrogation» dans Myriam, Jézéquel, dir., *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où?* Québec, Yvon Blais, 2007, p. 243-280. Le professeur Gaudreault-Desbiens a fait une réflexion approfondie sur les arguments contre le port des signes religieux (en particulier le foulard islamique) pour pouvoir démontrer leurs faiblesses et leurs manques de fondement dans le contexte actuel.

⁹ «Citoyenneté : le port du niqab interdit lors des assermentations», Radio Canada (12 décembre 2011) en ligne : <<http://www.radio-canada.ca/nouvelles/societe/2011/12/12/002-niqab-interdit-assermentations.shtml>>

l'exemple de la Belgique et a voté une loi ayant pour but d'interdire le port du voile intégral en public¹⁰. Aux États-Unis, la construction d'un centre culturel islamique près de l'endroit où les attentats du 11 septembre 2001 avaient eu lieu et la décision d'un pasteur de brûler des exemplaires du Coran ont soulevé l'indignation et la controverse autant auprès de la population américaine que sur la scène internationale¹¹. Enfin, que dire du référendum sur la construction des minarets organisé par la Suisse, où la majorité chrétienne du pays a été invitée à voter sur une question concernant une minorité religieuse particulière¹²?

Tous ces événements se déroulent dans une atmosphère de plus en plus hostile à l'endroit de l'immigration et de la diversité religieuse en Europe¹³. Pourtant, le port des signes religieux en public ne constitue pas en soi un phénomène nouveau mais s'inscrit au contraire, dans l'histoire de ces États. Ce n'est en fait qu'à la suite de leur sécularisation, au 20^e siècle, que les signes religieux y sont en quelque sorte devenus 'l'exception'.

Dans le débat portant sur le port des signes religieux dans l'espace public, les notions de «laïcité» ou de «neutralité», «d'égalité des sexes», de «droit à l'égalité», de «liberté de religion», de «multiculturalisme» et «d'interculturalisme», «d'accommodement

¹⁰ *Projet de loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, no. 2520, déposé le 19 mai 2010; «France : le voile intégral interdit», Radio Canada (14 septembre 2010) en ligne : <<http://www.radio-canada.ca/nouvelles/International/2010/09/14/011-interdiction-voile-france.shtml>>

¹¹ «Commémoration des attentats du 11 septembre 2001 : Un anniversaire assombri par la controverse», Radio Canada (11 septembre 2010) en ligne : <<http://www.radio-canada.ca/nouvelles/International/2010/09/11/001-11-septembre-2001.shtml>>

¹² [Note] Une action judiciaire a été intentée contre la Suisse à cet effet devant la Cour européenne des droits de l'homme qui l'a jugé irrecevable parce qu'il n'y avait pas de preuve concrète quant à la construction d'un minaret. De plus, il n'y avait pas de victime en rapport aux résultats du référendum. Voir : *La Ligue des Musulmans de Suisse et autres c. Suisse*, No. de requête 66274/09 Cour européenne des droits de l'homme (irrecevabilité), décision du 28 Juin 2011 (15 septembre 2010)

¹³ O'Neil, Peter, «Is Canada up to the immigration challenge?», *The Ottawa Citizen* (25 septembre 2010), p. A6. Selon cet article, les partis politiques de droite ont joué sur la crise économique mondiale pour accroître les sentiments anti-immigrants à travers l'Europe. En Autriche, le Parti pour la liberté a gagné 17.5 % des voix lors des dernières élections en promouvant une plateforme axée sur la promotion de sentiments islamophobes ainsi que l'interdiction des minarets et du voile intégral. En Bulgarie, le Parti anti-Rom et anti-musulman a gagné près de 9.4% des voix lors des dernières élections, devenant par le fait même le quatrième plus grand parti politique au Parlement du pays. Le même phénomène s'est produit au Danemark, en Hongrie, au Pays-Bas où les partis de droites connaissent une remontée spectaculaire dans la perception des électeurs.

raisonnable» ou même «d'intégration» tout court, sont enchevêtrées dans un imbroglio sociojuridique où leurs significations et leurs portées sont en mouvance, voire même parfois en tension en raison des passions qu'elles soulèvent. Ressurgit alors la sempiternelle discussion entre les concepts «d'égalité formelle» et «d'égalité réelle» ou même entre «l'universalisme» et le «différentialisme». Cependant, au-delà des tensions qui les affectent, un fait demeure, les sociétés d'accueil occidentales se définissent non seulement comme des démocraties libérales, mais sont aussi parties à plusieurs instruments internationaux relatifs à la protection des droits de la personne dont plusieurs garantissent la liberté de religion.

Le présent mémoire a pour but d'examiner le port des signes religieux dans l'espace public à partir des perspectives du droit international et du droit comparé aux États-Unis, au Canada, en Suisse et en France. Pour ce faire, il tentera d'explorer et de fournir une réponse aux questions suivantes : (1) Quels sont les facteurs qui influencent l'importance que des pays tels que les États-Unis, le Canada, la France et la Suisse accordent à leurs obligations internationales en ce qui a trait à l'expression des croyances religieuses dans l'espace public au sein de leurs territoires? (2) Quels sont les principes, les règlements et les lois de leurs droits internes qui régissent cette question et, sont-ils conformes aux préceptes du droit international onusien et européen? Et (3) quels sont les facteurs qui influencent les différentes positions qu'ils adoptent quant à cette problématique?

Dans le but de répondre à ces questions cette recherche sera divisée en sept parties. Dans la première section de l'analyse, nous ferons usage d'une approche méthodologie systématique qui comprendra la définition des concepts clés de la recherche tels que 'signes religieux' et 'espace public' qui sont essentiels à l'encadrement de la problématique à l'étude. Par la suite, le contexte de la recherche sera décrit avec une attention particulière sur l'apport de la religion au droit international, mais aussi la laïcisation de ce dernier et les facteurs ayant contribué à sa séparation de la religion en tant que discipline scientifique. De plus, nous justifierons le recours au droit comparé comme méthode d'analyse des quatre

États qui seront examinés dans le cadre de notre recherche. Enfin, nous expliquerons, toujours dans le contexte des principes relatifs au droit comparé, les raisons pour lesquelles nous les avons choisis comme objets d'étude à l'instar de d'autres États.

La deuxième partie de la recherche, consistera à l'établissement du cadre conceptuel à l'intérieur duquel la problématique sera analysée. Dans ce contexte, nous réfléchissons sur les dimensions universaliste et différentialiste des droits à l'égalité ainsi que sur des concepts tels que 'l'égalité réelle' et 'l'égalité formelle' pour arguer que la perspective différentialiste qui a pour corollaire l'égalité réelle constitue dans la plupart des scénarios, l'approche la plus appropriée pour saisir une question aussi complexe que l'expression des croyances religieuses dans l'espace public. Nous mettrons également de l'avant l'approche du libéralisme repensé de Will Kymlicka ainsi que celle portant sur les valeurs relatives au droit à l'égalité de Sandra Fredman comme cadre d'analyse principal de ce mémoire, parce qu'elles comportent une perspective plus large face aux ramifications juridiques des revendications relatives au port des signes religieux dans l'espace public au sein des quatre États à l'étude. De plus, elles intègrent l'égalité réelle dans leur schématisation des revendications identitaires des différents groupes sociaux ainsi que du rôle de l'État en rapport à cette question.

La troisième partie de la recherche portera sur la signification, les fondements, la portée et les limites de la problématique à l'étude en droit international public onusien et européen encore une fois, à partir des balises établies au sein du cadre théorique de Will Kymlicka et Sandra Fredman. Nous tenterons de démontrer qu'alors que les langages juridiques onusien et européen procurent toute la latitude nécessaire aux instances internationales pour s'engager dans la voie de l'égalité réelle, ces dernières hésitent et piétinent. En effet, pendant que la tendance relative à la jurisprudence du droit onusien démontre que le Comité des droits de l'homme semble vouloir s'engager timidement dans la promotion de l'égalité réelle, la Cour européenne pour sa part, fait une interprétation tellement stricte du principe de la «Marge nationale d'appréciation des États» qu'il s'avère pratiquement

impossible de voir éclore l'égalité réelle au sein de ces jugements. À notre avis, cette réalité ralentit la reconnaissance de la diversité religieuse tout en étant un sérieux obstacle à l'avancement des droits humains en Europe.

La quatrième section de la recherche consistera en un survol comparatif des cadres juridiques des quatre États à l'étude dans le but premier d'identifier les facteurs qui ont mené à leur laïcisation et leur neutralité, les fondements, la portée et les limites de ces concepts et leurs impacts sur la séparation de l'Église et de l'État au sein de leurs territoires. Cette analyse nous permettra en deuxième lieu de mettre en exergue à quel point leurs systèmes juridiques respectifs adhèrent aux principes philosophiques des cadres théoriques identifiés dans ce mémoire ainsi qu'aux préceptes des droits internationaux onusien et européen. Dans cette optique, nous essayerons de déterminer si les systèmes juridiques de ces quatre États sont plus novateurs ou plus conservateurs par rapport au droit international onusien et européen tout en tentant de déterminer les facteurs nationaux responsables des réalités juridiques qui prévalent au sein de leurs territoires respectifs. À titre d'exemple, dans le cas de la France, nous tenterons de démontrer que la politique de l'universalisme républicain et la laïcité sont au cœur de l'identité nationale du pays, et ont conduit à un encadrement marqué du port des signes religieux en public, alors qu'en Suisse, nous tenterons de mettre en lumière comment la notion de 'Paix religieuse' qui est à la base de la laïcité de cet État est la principale cause des privilèges dont jouissent les églises chrétiennes de ce pays. Au Canada, nous tenterons de démontrer comment la politique fédérale du multiculturalisme (qui s'applique principalement aux provinces et territoires majoritairement de langue anglaise) et celle de l'interculturalisme qui est propre à la province de Québec en font les champions de la perspective différentialiste et également de la notion de neutralité inclusive ou bienveillante. Toutefois, l'influence de la France dans l'imaginaire social du Québec, et les acquis de la Révolution tranquille des années 1960 ont amené cette province à s'interroger sur la portée et les limites des accommodements religieux voire même, de la place de la religion dans l'espace public. Aux États-Unis, alors que la politique du *Melting Pot* encourage tout le monde à 'devenir américain', il existe un

grand respect de la manifestation du fait religieux dans l'espace public qui remonte à l'établissement du «Mur de séparation entre l'église et l'État» dans ce pays.

La cinquième partie de l'analyse consistera en l'examen de la jurisprudence des droits nationaux des quatre États à l'étude pour pouvoir déterminer à quel point ils adhèrent aux principes des droits onusien et européen dans les litiges relatifs au port des signes religieux dans l'espace public. Dans cette même optique, nous tenterons d'identifier la perspective (universaliste/différentialiste) qui est mise de l'avant par les tribunaux dans leurs jugements au niveau des divers aspects de la problématique du port des signes religieux dans l'espace public. Subsidiairement, cette analyse se fera dans l'examen continu du débat sur l'égalité des sexes et l'importance qui y est accordée par les instances judiciaires.

Notre analyse nous amènera à conclure que les systèmes juridiques des quatre États éprouvent certaines difficultés à articuler des fondements juridiques clairs et cohérents pouvant réguler les diverses expressions des croyances religieuses dans l'espace public. Dans le cas de la France par exemple, il nous sera aisé de prouver que l'adoption par cet État de lois visant à interdire le port des signes religieux dans l'espace public n'a pas réussi jusqu'à présent à régler ou faire taire ce fait social. Bien au contraire, les tribunaux de cet État se prononcent encore sur des litiges portant sur cette question dans plusieurs sphères d'activités sociales.

Dans un autre ordre d'idées, nous tenterons de démontrer que les États qui ont accordé une place relativement prépondérante à la perspective différentialiste et au libéralisme repensé de Kymlicka semblent répondre mieux aux défis posés par le port des signes religieux dans l'espace public, car les minorités religieuses sont mieux intégrées et leur identité religieuse plus respectée. On pourrait même aller jusqu'à dire que les initiatives qu'ils ont mises en œuvre et l'approche de leurs tribunaux quant à cette question sont très libérales par rapport aux droit onusien et européen.

Enfin, nous tenons à avertir les lecteurs que ce mémoire est particulièrement long. Ce fait est du principalement à la multiplicité des signes religieux, aux contextes différents dans lesquels ils sont portés, et à la nécessité de procéder à des analyses contextuelles approfondies des systèmes juridiques des quatre États qui comportent des similitudes, mais également des différences significatives quant aux manières dont ils traitent de la problématique à l'étude.

Chapitre premier

Considérations méthodologiques

Introduction

La méthodologie constitue l'épine dorsale de tout projet de recherche à vocation scientifique¹⁴. Par conséquent, dans le cadre de ce mémoire, nous ferons usage d'une approche méthodologique systématique basée sur la recherche documentaire¹⁵, l'analyse de la jurisprudence et de la législation au sein desquelles nous examinerons tout d'abord, le contexte dans lequel s'inscrit la problématique du port des signes religieux dans l'espace public, dans le but de mettre en exergue les liens existant entre le droit international et la religion, ainsi que les facteurs qui ont influencé la laïcisation du droit international. Par la suite, nous tenterons de justifier le choix du droit comparé comme méthode d'analyse des quatre États à l'étude en nous appuyant sur les fondements de cette discipline ainsi que son importance et sa contribution aux résultats de notre recherche. Enfin, nous nous appesantirons sur les raisons pour lesquelles les États-Unis, le Canada, la France et la Suisse ont été choisis comme sujets d'étude pour pouvoir démontrer comment une analyse comparée de ces quatre États, peut assurer une meilleure compréhension de la complexité et des ramifications de cette problématique au sein de leurs systèmes juridiques respectifs, ainsi que les approches employées par leurs tribunaux pour pouvoir y répondre.

¹⁴ Tremblay, André, *Sondages: histoire, pratique et analyse*, Montréal, Gaëtan Morin, 1991, 492 p.

¹⁵ [Note] Nous entendons par recherche documentaire l'utilisation des dictionnaires et des encyclopédies, des revues d'analyse et scientifiques, des ouvrages de recherche dans les domaines du droit, de la philosophie politique, de la science politique et de la sociologie, des données statistiques émanant de Statistiques Canada et du *Pew Forum on Religion and Public Life*, des rapports de recherche et d'analyses émanant des gouvernements des quatre États faisant l'objet de cette étude, ainsi que ceux provenant de l'Organisation des Nations Unies, ainsi que du Conseil de l'Europe sur la problématique de la liberté de religion en général et, en particulier, sur le port des signes religieux dans l'espace public.

I

Contexte de la recherche

Pourquoi entreprendre une telle étude dans le contexte actuel? Quels liens la religion entretient-elle avec le droit international pour justifier une telle réflexion? La recherche révèle que bien que l'influence de la religion en droit international ait été négligée durant tout le 20^e siècle, il n'en demeure pas moins que celle-ci a joué un rôle prépondérant dans le développement de cette discipline telle qu'on la connaît aujourd'hui¹⁶. Cette influence s'inscrit dans le contexte plus global du *jus naturalis*. En effet, comment parler du droit international aujourd'hui sans parler des notions de «bonne foi» et de «sanction» qui sont des préceptes religieux ayant servi à la légitimation du droit international en tant que discipline depuis l'antiquité jusqu'à nos jours¹⁷. Par ailleurs, le concept de «bonne foi» a pour corollaire le principe de la *Pacta Sunt Servanda* qui signifie «qu'un traité international lie les parties contractantes et doit être exécuté de bonne foi¹⁸». C'est d'ailleurs un précepte clé au niveau des relations interétatiques, parce qu'il interdit qu'un État prenne avantage d'un autre lorsqu'un traité est signé entre les deux parties. La Cour internationale de justice a par ailleurs confirmé cette affirmation dans *l'Affaire Nicaragua c. États-Unis*

¹⁶ Janis, Mark, W., Evans, Carolyn, *Religion and International Law*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p.3

¹⁷ Bederman, David, J., «Religion and the Sources of International Law in Antiquity» dans Mark W. Janis et Carolyn Evans supra note 16, p.11. Par ailleurs, dans son ouvrage intitulé *De Jure Belli Ac Pacis Libris Tres*, Hugo Grotius a conclu que le droit international ne pourra pas s'affirmer en tant que discipline régissant les relations entre les États en l'absence de la notion de «bonne foi» dans les relations internationales. Grotius, Hugo, *De Jure Bellis Ac Pacis Libris Tres*, Éditions 1646, Carnegie Classics of International Law, 1925, No.3, Vol. 2

¹⁸ Arbour, J.-Maurice, Parent, Geneviève, *Droit international public*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2006, p.44-46

*D'Amérique*¹⁹, quand elle a jugé contraire à la bonne foi, le fait que les États-Unis aient tenté de se soustraire à sa compétence en tentant de modifier la déclaration d'acceptation de ses Statuts. La Cour permanente de justice internationale est allée encore plus loin en affirmant le caractère coutumier de la *Pacta Sunt Servanda* et donc, de la «bonne foi» dans le respect des traités internationaux dans l'*Affaire du Lotus*²⁰.

Le concept de «sanction» qui, au même titre que la «bonne foi» sert de fondement à la légitimité du droit international en tant que discipline, est d'origine religieuse parce qu'il est lié directement à l'idée de confiance et peut prendre diverses formes en fonction des obligations internationales qui sont brisées par les États en cause²¹. Par exemple, dans les sociétés anciennes, la première forme que prend la sanction à l'endroit d'un État fautif est de nature divine et se réfère à la peur de ce dernier d'être puni par les dieux qui ont été invoqués dans l'engagement international. La deuxième forme est de nature sociale ou nationale et elle se réfère à la peur par les autorités et les nationaux de l'État n'ayant pas respecté ces engagements d'être abandonnés par les dieux. La troisième sanction, de nature morale est basée jusqu'à un certain point sur des valeurs religieuses ainsi que la logique et la raison²². Aujourd'hui, «la sanction» est codifiée aux Chapitres VI et VII de la *Charte des Nations-Unies*²³ et comprend des mesures de rétorsion et des contre-mesures, des boycotts économiques et commerciaux, la rupture des relations diplomatiques, les protestations et la non-reconnaissance de situations établies contrairement au droit international, la légitime défense en cas d'agression armée etc.

¹⁹ C.I.J., Recueil, 1984, p.392. La Cour internationale de justice a déjà statué dans l'*Affaire de la délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine* que les notions d'*Estoppel* et d'acquiescement dans les traités internationaux découlent de la «bonne foi». C.I.J., Recueil, 1984, p. 246-304

²⁰ C.P.J.I., Série A, no. 10 p. 18

²¹ Bederman, David, J., «Religion and the Sources of International Law in Antiquity» dans Mark, W. Janis, Evans, Carolyn, supra note 16, p.11.

²² *Ibid*

²³ *Charte des Nations-Unies* [1945] R.T. Can. No. 7

Dans ce même ordre d'idées, les préceptes du droit international reconnaissent «le recours à la guerre» comme étant une forme privilégiée de sanction contre un État qui aurait violé les règles de la «bonne foi» dans ses relations interétatiques. Par ailleurs, ce principe aurait donné naissance à la notion de «guerre juste » dont les États se servent encore aujourd'hui pour justifier le recours à la force dans les relations internationales. La recherche révèle d'ailleurs que le concept de «guerre juste » (*bellum justum*) aurait été inventé par Saint Augustin dans ses réflexions qui visaient à réconcilier le Christianisme avec l'obligation juridique des chrétiens de prendre part aux guerres pour défendre leurs pays²⁴. Thomas d'Aquin aurait ajouté à la réflexion en avançant l'idée que seule une autorité légitime peut déclarer «une guerre juste»²⁵. Enfin, Francisco de Vittoria aurait introduit les prémisses du concept «d'intervention militaire pour raisons d'humanité» et la notion de «légitime défense» en cas d'agression d'un État ennemi comme les composantes du droit de la guerre (*Jus belli*)²⁶. De plus, des préceptes religieux ont inspiré les principes relatifs au traitement des prisonniers de guerre, des blessés et des malades que l'on retrouve au sein des droits de Genève et de la Haye et qui constituent les noyaux du droit international humanitaire.

Le droit international repose aussi sur des principes qu'on pourrait qualifier d'idéalistes qui prônent « The existence of an international community where States could conduct their relations peacefully, without conflict ²⁷», alors que la religion prêche ces mêmes principes

²⁴ Fixdal, Mona, Smith, *Humanitarian Intervention and Just War*, (1998), M. Int. S. R, 42, p. 285 -- Bellamy, Alex J, *Ethics and Intervention : The 'Humanitarian Exception' and the Problem of Abuse in the Case of Irak'*, (2004) *J. of P. R.*, 41, 2, p. 139

²⁵ Paul, Christopher, *The Ethics of War and Peace: an Introduction to Legal and Moral Issues*, United States, New Jersey, 1994, p. 1-5; Orend, Brian, *The Morality of War*, Peterborough, Library and Archives Canada, 2006, p. 14

²⁶ Haggemacher, Peter, "La place de Vittoria parmi les fondateurs du droit international", dans Truyol y Serra, Antonio et al., dir., *Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vittoria* « Travaux de la Journée d'études organisée à Louvain-la-Neuve par le Centre Charles De Visscher pour le droit international, le 5 décembre 1986 », Bruxelles, Bruylant/Université catholique de Louvain, 1988, p. 35.

²⁷ Plusieurs institutions religieuses de par leur recherche de la paix ont influencé le développement du droit international. Cependant, la recherche attribue au Christianisme le développement du droit international moderne. Hilaire, McCoubrey «Natural Law, Religion and the Development of International Law» dans Janis, Mark, W., et Evans, Carolyn, supra note 16, p.185

depuis des temps immémoriaux. Par ailleurs, ces valeurs religieuses de recherche de la paix et de non-recours à la force dans le règlement des conflits entre États ont été enchâssées au sein de la *Charte des Nations Unies*²⁸ [précitée], qui établit la nature des différends et leurs modes de solution, ainsi qu'en vertu de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*²⁹. La pensée religieuse a donc apporté une contribution significative au développement du droit international en tant que discipline. Cependant, malgré cet apport, il existe des divergences importantes entre la pensée religieuse et les préceptes du droit international qu'il convient d'examiner ici, et c'est d'ailleurs en raison de ces différences que le droit international a été amené à se «laïciser» et du même coup, à prendre ses distances du fait religieux. Nous allons donc analyser ci-après les facteurs qui sont à l'origine de cet état de fait.

1.1 La séparation de la religion du droit international

Hugo Grotius serait à l'origine de cette «laïcisation» du droit international lorsqu'il l'a séparé du droit naturel³⁰. Cette disjonction a eu pour conséquence l'introduction de la notion de «neutralité» en droit international. Cette neutralité présuppose le respect de la liberté de religion et le rejet de l'enseignement d'une religion particulière³¹. Par conséquent,

²⁸ [Note] l'article 36 de la *Charte des Nations-Unies* précise que le Conseil de sécurité, dans l'exercice de son rôle de médiateur dans le cadre du Chapitre VI, doit tenir compte du fait que les différends d'ordre juridique devraient être soumis par les parties à la Cour internationale de justice

²⁹ A.G. Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810 (1948). La *Déclaration universelle des droits de l'homme* est considérée au sein de la doctrine comme étant la mère de plusieurs des grands traités internationaux relatifs à la protection des droits de la personne dont le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*. Son importance est soulignée dans l'*Acte final de Helsinki* et le *Document final de la Conférence de Vienne sur les droits de l'homme*. Elle est également considérée comme une codification des normes coutumières internationales qui, en même temps a fait sienne certains des grands préceptes religieux du monde dont le droit à la vie, le droit à l'égalité etc. Schabas, William A., Turp, Daniel, *Droit international, canadien et québécois des droits et libertés, notes et documents*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2^e édition, 1998, p.7

³⁰ Janis, Mark, W., et Evans, Carolyn, *supra* note 16 à la p.11

³¹ [Note] il s'avère important de noter que Grotius a cité de nombreux passages de la Bible pour justifier les raisons pour lesquelles il était important pour le droit des gens (*Jus Gentium*) de se distancer de la religion.

le droit naturel n'est donc plus un droit divin, mais un droit fondamentalement laïc basé sur la raison. Cette perspective qui a été reprise et peaufinée plus tard par des juristes tels que Emerich de Vattel et Henry Wheaton³², a causé une telle distanciation entre le droit international et la religion que cette dernière n'est plus mentionnée au sein de cette discipline³³. Ainsi, les concepts religieux qui sont à l'origine du droit international ont été laïcisés et enchâssés au sein de traités internationaux qui relèvent du droit positif. La religion est mentionnée au sein du droit international uniquement en tant que droit civil et politique de première génération, visant à protéger le droit de chacun à l'exercice de sa foi et de ses croyances dans un contexte où il est interdit à l'État de favoriser une religion au profit d'une autre.

Le recours fréquent à la religion pour justifier toutes sortes de guerre a été l'autre élément ayant amené le droit international à prendre ses distances face au fait religieux. En effet, bien que le droit international ait condamné les conflits armés depuis ses débuts, le fait qu'il autorise le recours à la guerre dans certaines circonstances par le biais de la théorie de la «guerre juste» fait en sorte que les États continuaient à se faire la guerre en invoquant la religion alors qu'ils accordaient très peu d'importance aux règles relatives à la guerre juste³⁴. La Guerre de Trente ans³⁵, par exemple, est l'une des guerres les plus sanglantes de

Grotius, Hugo, Alland Denis, Goyard-Fabre, Simone, Fodéré-Pradier, Paul, *Le droit de la guerre et de la paix*, Paris, Presses Universitaires de France, 2005

³² Wheaton, Henry, *History of the Law of Nations in Europe and America from the Earliest Times to the Treaty of Washington*, New York, Garland Publishers, 1845. Selon Wheaton, l'introduction de la notion de 'sanction' en droit international pour violation de la 'bonne foi' trouve son origine au sein de la religion bien que celle-ci ne constituait pas la seule source.

³³ Janis, Mark, W., Evans, Carolyn, *supra* note 16, p.12

³⁴ Bellamy, Alex, J., *supra* note 24, p.139. Plusieurs pays dont les États-Unis ont avancé l'argument de la «guerre juste» pour justifier leurs interventions en Irak.

³⁵ C'est la signature du *Traité de Westphalie* qui a mis fin à la Guerre de trente ans et qui est la pierre d'assise contemporaine du droit international. Cette guerre qui avait été intentée par l'Empereur du Saint Empire Germanique avait pour but de constituer une Europe catholique sous la domination des Habsbourg. Le *Traité de Westphalie* a eu pour conséquence de morceler le Saint Empire en 355 États souverains tout en leur reconnaissant le droit de choisir la religion de leur choix à l'intérieur de leur territoire. Le protestantisme est officiellement reconnu et avec lui, le principe de la liberté de religion et l'égalité des confessions religieuses.

l'histoire de l'Europe et s'est déroulée durant l'époque de Grotius. C'est pour cette raison que la «Théorie du droit des gens» (*Theory of the Law of Nations*) développée par ce dernier se voulait religieusement «neutre» de manière à pouvoir recueillir l'adhésion d'une pluralité de religions. Ce pluralisme religieux a grandement contribué à l'acceptation du droit international moderne par la communauté des États³⁶.

Le fanatisme et l'intégrisme religieux ont également contribué à cette distanciation du droit international de la religion. De fait, le radicalisme religieux voit le jour lorsque l'endoctrinement religieux se mêle aux intérêts politiques pour amener les croyants à mettre de l'avant des référents religieux radicaux dans leur construction identitaire pour faire de l'activisme politique ou contester l'ordre établi³⁷. Dans ce contexte, le fait religieux est mis de côté par le droit international qui condamne les actes extrémistes et violents. C'est pourquoi, dans *l'affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, la Cour internationale de justice a mis de côté les considérations religieuses pour condamner l'inaction du gouvernement iranien devant la prise d'otage des membres de l'ambassade américaine comme étant une violation des conventions de Vienne sur les relations diplomatiques et consulaires³⁸.

Tous inspirés par la religion, les attentats du 11 septembre 2001 aux États-Unis, et plus tard, ceux de Bali en Indonésie en 2002, de Londres ainsi que de Madrid ont été condamnés de manière non équivoque par le droit international et ont provoqué l'émergence d'un phénomène de «racialisation de l'affiliation religieuse» dans les pays occidentaux, lequel contribue à la marginalisation de certains groupes religieux

Il met ainsi fin au rêve de monopole universel de l'Église catholique. Arbour, Maurice, Parent, Geneviève, Beaulac, Stéphane, supra note 18, p.20-21

³⁶ Veuthey, Michel, *Religion et droit international humanitaire*, Paris, Pedone, 2008, p. 9-45

³⁷ Bouzar, Dounia, *Quelle éducation face au radicalisme religieux?*, Paris, Éditions Dunod, 2006, p.1

³⁸ C.I.J. Recueil, 1980, p.3

minoritaires³⁹. Comment également ne pas mentionner l'affaiblissement de la portée de la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*⁴⁰ devant les objections à caractère religieux de nombreux États?

Dans cette même optique, l'une des plus grandes contradictions existant actuellement au niveau du fait religieux réside dans les façons dont les États appliquent les valeurs et préceptes culturels qui s'y rattachent dans leurs territoires. Ce constat est particulièrement vrai en ce qui a trait au sujet qui nous intéresse dans le cadre de ce mémoire, soit le port des signes religieux dans l'espace public. En effet, alors que certains États interdisent le port des signes religieux en public pour des raisons associées à la laïcité, d'autres les rendent obligatoires en invoquant des justifications associées à la religion, la tradition ou la culture.

Selon le rapporteur spécial des Nations Unies sur la liberté de religion, ce sont souvent les femmes ou les jeunes filles qui souffrent le plus dans les deux scénarios⁴¹. En effet, dans les pays où le port des signes religieux dans l'espace public est obligatoire, les femmes qui ne les portent pas peuvent être condamnées au fouet, à des amendes, et peuvent se faire attaquer dans les rues ou tout simplement se faire tuer. Dans les pays où le port des signes religieux en public est interdit, les femmes et les jeunes filles sont souvent victimes de réprimandes, de suspension, d'amendes, et de renvoi dans les écoles et les institutions

³⁹ Kyathi, Y., Joshi, «The Retreat from Multiculturalism in the Liberal State : Theory and Policy» (2004) 55 B.J. of S., 2, p. 237-257

⁴⁰ [1982] 1249 R.T.N.U. 13. Certains auteurs affirment que la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* est l'instrument international comportant le plus grand nombre d'objections de la part des États justement parce qu'elle cherchait à éliminer les préjugés ou les pratiques coutumières qui sont fondées sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des femmes et des hommes. Schabas, William, A., Turp, Daniel, *Droit international, canadien et québécois des droits et libertés, notes et documents*, supra note 29, p.75

⁴¹ Rapporteur spécial sur la liberté de religion, *Rapport spécial sur le droit à la liberté de religion à travers le monde*, E/CN.4/1998/6

publiques⁴². De plus, ces conflits se produisent dans un contexte où le droit international cherche à promouvoir l'égalité des droits entre les hommes et les femmes ainsi que la liberté de conscience et de religion.

Dans ce contexte, aux États-Unis, au Canada, en France et en Suisse, l'expression des croyances religieuses dans l'espace public est souvent l'objet de débats enflammés en raison du malaise identitaire qu'elle cause. Des voix de plus en plus fortes s'élèvent pour demander le retrait du fait religieux de l'espace public alors que pour d'autres, l'examen de la question au cas par cas est plus approprié et plus respectueux de la diversité religieuse qui caractérise ses États. Il est donc urgent de réfléchir de manière approfondie sur les ramifications de cette problématique dans le cadre de ce mémoire. Toutefois, avant d'aller plus loin, il convient de réfléchir sur la signification des concepts clés de notre recherche que sont les notions 'd'espace public' et de 'signe religieux' dans la prochaine section de ce chapitre.

⁴² [Note]L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a émis une directive à ses membres dans laquelle elle demande de s'assurer que la liberté de religion et le respect de la culture et de la tradition ne constituent pas des prétextes pour justifier la violation des droits des femmes, y compris les jeunes femmes qui sont assujetties contre leur gré à des codes vestimentaires stricts sur la base de la religion. Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1464 (2005) § 7.4 [en vigueur le 4 octobre 2005]

II

Définition des concepts-clés de la recherche

2.1 Signe religieux

Selon la littérature, le concept de 'signe religieux' est difficile à définir en raison de la complexité des débats perpétuels qui ont lieu sur la coexistence des sphères profanes et sacrées⁴³. De plus, la confusion qui existe entre ce qui relève de la foi, de la culture et de la structure sociale complique davantage la tâche. Toutefois, l'auteur Eric Buysens a été l'un des premiers à établir les jalons du débat relatifs aux bases de ce concept en définissant la notion de 'signe' comme étant «Un artifice grâce auquel un être humain communique un état de conscience à un autre être humain»⁴⁴. En d'autres mots, le signe constituerait un vecteur de communication voire même un symbole d'appartenance à un groupe ou à un système de croyances. Quoique très intéressante, cette définition nous paraît incomplète parce qu'elle ne fait pas ressortir le lien existant entre le signe et l'identité de l'individu qui le porte, alors que le mot 'artifice' qui est employé par l'auteur dans sa définition nous paraît imprécis, voire même hors contexte pour désigner le concept de 'signe'.

L'écrivain Patrick Banon a tenté de palier à cette lacune en tentant de fournir une définition à la fois plus détaillée et plus précise du concept de 'signes religieux' en y établissant trois caractéristiques qui lui est propre. La première caractéristique du signe religieux est qu'il cherche à transmettre une information sur les croyances et les valeurs du porteur. La seconde est que le signe religieux constitue un symbole à part entière qui participe à un procédé de signification et en ce qui a trait à la troisième caractéristique, l'auteur soutient que de par son existence, le signe religieux contribue à l'élaboration d'un code, destiné à

⁴³ Banon, Patrick, *Les ABCdaire des signes et symboles religieux*, Paris, Flammarion, 2005, p. 120.

⁴⁴ Buysens, Eric, *Les langages et le discours : essai de linguistique fonctionnelle dans le cadre de la semiologie*, Bruxelles, Office de Publicité, 2003, p. 54

avoir un effet sur le monde qui entoure le porteur⁴⁵. En somme, le signe religieux est plus qu'un simple indice de compréhension, il peut être perçu comme détenteur d'un pouvoir spirituel voire même magique qui va au-delà de l'appartenance à un groupe. Encore une fois, cette définition très élaborée ne fait pas ressortir explicitement le fait que le signe religieux peut être également un véhicule identitaire pouvant être sujet à diverses interprétations tant dans les espaces privés que publics, lesquels peuvent influencer sur la perception que l'on a de l'individu et de sa capacité à pouvoir s'intégrer et participer pleinement à une société d'accueil dans le contexte de l'immigration. De plus, cette définition ne correspond pas à la conception de 'signes religieux' que s'en font les principales religions abrahamiques.

Dans ce même ordre d'idées, ces définitions ne tiennent pas compte de la perception qui est rattachée à certains signes religieux et qui peuvent varier considérablement d'une culture à l'autre en fonction du contexte sociohistorique dans lequel ils sont portés. Dans le cas du *kirpan* par exemple, dans l'État de la Californie, ce signe religieux est perçu comme une arme dont le port dans l'espace public constitue non seulement une violation des règlements internes des institutions scolaires, mais également, une atteinte aux dispositions des lois criminelles de cet État. Par conséquent, le porteur du *kirpan* s'expose à des suspensions des expulsions et possiblement, à des poursuites criminelles en raison du contexte relatif à la lutte antiterroriste qui prévaut aux États-Unis en ce moment. Cette dernière affirmation est confortée par l'auteur Alison Dundes Renteln en ces termes :

[...] The impact of seeing a dagger [kirpan] in a public school should not be underestimated, as an era of devastating school violence and heightened awareness of terrorist attack has left individuals in the United States acutely sensitive to anything that resemble a weapon⁴⁶.

⁴⁵ Banon, Patrick, supra note 43, p. 7

⁴⁶ Dundes Renteln, Alison, «Visual Religious Symbols and the Law» (2004) 47 A.B.S., p. 1579

Cette citation nous permet de dire que la minorité religieuse Sikhe se retrouve assise entre deux chaises. En effet, alors que les exigences de sa foi exigent qu'elle exprime ses croyances religieuses par le port du *kirpan*; ce même signe est perçu d'un œil défavorable par la société d'accueil qui le considère comme violant ses préceptes juridiques. En conséquence, peu importe la décision qu'il prend, l'adhérent à la religion Sikhe est désavantagé. En effet, le port du *kirpan* l'expose à l'exclusion au sein des institutions de l'État, à la marginalisation et à des poursuites criminelles, alors que le refus de porter ce signe religieux le met en marge de sa communauté parce qu'il viole les préceptes de sa foi.

À cette réalité s'ajoute le fait que les perspectives avancées par Banon et Buysens n'ont pas tenu compte du fait que les signes religieux sont l'objets de débats et de contentieux devant les tribunaux parce qu'ils peuvent être perçus aux yeux de certains comme étant une tentative d'établissement d'une certaine forme d'hégémonie ou de domination culturelle pouvant être vue comme étant inacceptable dans une démocratie libérale axée sur la neutralité de l'État et l'égalité de tous⁴⁷. Ils peuvent également être appréhendés comme étant une tentative de promouvoir un code d'éthique et/ou de moral particulier au détriment des autres dans l'espace public⁴⁸. Dans cette optique, le signe religieux est considéré comme pouvant nuire aux droits d'autrui. D'où la nécessité pour l'État d'établir des balises quant aux droits des individus de le porter dans l'espace public.

Dans le cadre de ce mémoire, nous adopterons une définition fonctionnelle du concept de 'signes religieux', selon laquelle il vise des formes d'expressions de l'identité religieuse du porteur qui envoient un message sur l'appartenance de celui-ci à un groupe religieux particulier ou à sa conviction et à ses croyances religieuses. Ce message comporte diverses significations et interprétations pouvant donner lieu à des réactions d'indifférence, de respect, de malaise voire même d'hostilité dans l'espace public. Dans le contexte de

⁴⁷ *Ibid*, p. 1574

⁴⁸ *Ibid*

l'immigration, ces réactions peuvent jouer un grand rôle au niveau de la capacité d'un individu de pouvoir s'intégrer et contribuer à la vie communautaire de sa collectivité d'accueil. Également, il s'avère important de noter que les signes religieux peuvent être discrets ou flamboyants, invisibles ou ostentatoires, ostensibles ou masqués à la vue des tiers. De telles caractéristiques peuvent encore une fois influencer les perceptions et réactions des autres individus dans l'espace public face au porteur du signe religieux.

Il existe des millions de signes religieux à travers le monde. Cependant, pour les fins de ce mémoire, nous allons retenir ceux qui peuvent être portés de manière visible et qui ont fait l'objet de controverses et/ou de contentieux judiciaires au sein des quatre États à l'étude. Ainsi nous avons retenu les signes religieux suivants :

- (1) Le « voile islamique » ou *hijab* : celui-ci est un signe religieux qui témoigne de la modestie féminine⁴⁹ et fait partie de l'enseignement coranique dans une grande partie du monde musulman. Porté par les femmes, ce voile couvre généralement les cheveux, les oreilles et le cou. On retrouve également la *burqa* ou le *niqab*, une tenue vestimentaire qui est perçue comme étant un prolongement du *hijab* parce qu'il recouvre totalement le corps de la femme tout en laissant entrevoir uniquement les yeux⁵⁰. Perçu autant comme un signe de piété et de respect religieux que comme une forme de soumission et de domination de la femme, le voile islamique, en particulier la *burqa* ou le *niqab*, est l'objet de controverses aussi bien dans les milieux musulmans que non musulmans et a été au centre de plusieurs litiges au sein des quatre États qui sont étudiés dans ce mémoire.

⁴⁹ [Note] Selon la littérature, en portant le voile, la femme musulmane fait acte de soumission et d'obéissance envers Allah tout en préservant sa pudeur et sa chasteté. Pour plus d'information sur la signification du voile islamique voir : Weibel, Nadine B., *Par-delà le voile : Femmes d'Islam en Europe*, Paris, Éditions Complexes, 2000, p. 40

⁵⁰ *Ibid*

- (2) Le *turban* et le *kirpan* : ces signes religieux sont d'une grande importance chez les adeptes de la religion sikhe et figurent parmi les cinq obligations religieuses des hommes sikhs orthodoxes⁵¹. De fait, ceux-ci doivent se laisser pousser les cheveux et les envelopper d'un *turban* en signe de respect envers leur religion, d'où l'importance de ce signe religieux. Pour sa part, le *kirpan* est une dague rituelle à lame courbe, longue d'environ 20 centimètres et à l'extrémité arrondie. Il est habituellement porté à la ceinture et est fondamental à la religion Sikhe parce qu'au même titre que le *turban*, il fait partie des cinq obligations imposées aux adhérents de cette religion⁵².
- (3) Le crucifix : il s'agit d'un signe religieux représentant un aspect fondamental de la foi chrétienne occidentale traditionnelle. Il représente une croix chrétienne sur laquelle est parfois apposée une image de Jésus Christ crucifié. Les crucifix sont souvent accrochés au mur des églises, des salles de classe, des salles d'audience des palais de justice et des édifices gouvernementaux du monde occidental. De petits crucifix se portent également au cou comme pendentifs. Dans certains pays européens tels que l'Italie, et jusqu'à un certain point la Suisse et le Canada comme nous le verrons plus loin, le crucifix est perçu comme le symbole de la culture et de l'identité chrétiennes de l'Occident⁵³.

Parmi les autres signes religieux qui ont été examinés par les tribunaux des États à l'étude, nous pouvons mentionner «le port de la barbe» qui est commun à certaines croyances religieuses, en particulier la religion juive ultra-orthodoxe.

⁵¹ [Note] La religion des Sikhs impose à ses disciples le port des cinq symboles externes de leur confession, les cinq K : le Keshas (les cheveux non coupés), le Kangha (un peigne), le Kirpan (une épée), le Kachhera (une culotte courte) et le Kara (un bracelet en fer). Les cheveux non-coupés sur la tête d'un Sikh doivent être couverts d'un turban. Il est impératif et obligatoire pour un Sikh de le faire. La tenue d'un Sikh reste incomplète sans le turban. Pour plus d'information sur la religion Sikhe Voir : United Sikh, *Faits historiques et religieux en faveur de l'argument visant à permettre le port du turban par les Sikhs*, New York, United Sikhs, 2011, en ligne : http://www.unitedsikhs.org/rtt/french_press_room/pdf/9.pdf

⁵² *Ibid*

⁵³ Hammerli, Pascal, *Analyse : Crucifix dans les écoles en Europe : la polémique suisse et l'affaire Lautsi*, Suisse, Religioscope, 2012, en ligne : http://religion.info/french/articles/article_571.shtml

Le rastafarisme ou la pousse des cheveux et de la barbe en rapport à un mouvement spirituel qui s'est développé en Jamaïque durant les années 1930 en vénération à Haile Selassie, un ancien empereur qui a gouverné l'Éthiopie de 1930 jusqu'à 1974⁵⁴.

Le col romain et le voile blanc ou bandeau blanc ou noir portés respectivement par les prêtres et les religieuses de l'Église catholique qui ont fait l'objet de litiges surtout auprès des tribunaux aux États-Unis.

Le *bandana*, une sorte de foulard mince triangulaire ou carré qui peut être portée par les femmes, adeptes de l'Islam comme alternative au foulard islamique.

Le *kufi* ou le *keski* une sorte de couvre-chef rond et, souvent de couleur blanche, porté par certains hommes qui adhèrent à l'Islam (*takyah*) ainsi que le *kipa*, une sorte de couvre-chef portés par les adeptes de la religion juive orthodoxe ont été examinés par les tribunaux des États qui seront étudiés dans le cadre de ce mémoire

2.2 Espace public

Tout comme le concept de 'signes religieux', définir la notion d' « espace public » s'avère un exercice hasardeux parce que d'une part, la frontière entre l'espace public et l'espace privé est poreuse, varie d'une culture et d'un État à l'autre et peut faire l'objet de contestation et d'autre part, l'articulation d'un tel concept nécessite la contribution d'une multitude de disciplines qui ne s'entendent pas sur une définition unique. En l'occurrence, le but de notre propos n'est pas d'explorer les diverses définitions qui ont été proposées par ces disciplines, mais plutôt d'en tirer les éléments constitutifs de l'« espace public » pour les fins de son utilisation dans le cadre de ce travail. Ainsi, Jürgen Habermas définit la

⁵⁴ «Religion :Rastafari», British Broadcasting Corporation, (2012) en ligne : <http://www.bbc.co.uk/religion/religions/rastafari/>. Les rastafariens croient que Haile Selassie est un dieu et qu'il falicitera le retour en Afrique des Noirs qui vivent en diaspora en raison de l'esclavage et de la colonisation. Pour plus d'information sur les croyances de la religion Rastafari voir : <http://www.bbc.co.uk/religion/religions/rastafari/ataglace/glance.shtml>

notion ‘d’espace public’ comme étant le lieu de la construction du vivre-ensemble⁵⁵. Dans cette optique, ce concept se réfère dans son sens large, à un espace de liberté qui va au-delà de la liberté de circulation et qui relève autant du domaine public que du domaine privé.

Dans ce même ordre d’idées, la sociologie urbaine conçoit le concept ‘d’espace public’ comme étant le lieu où se rencontrent les nationaux/citoyens d’un État pour travailler, pour le loisir ou pour échanger, bref pour interagir et socialiser⁵⁶. Il s’agit donc d’un espace social des modalités d’expression du vivre-ensemble et de la reconnaissance de l’autre. Par conséquent, cet espace public porte en lui les valeurs d’ouverture, d’hospitalité, d’accueil, de tolérance, de respect et de cosmopolitisme. En opposition à l’espace privé traversé par la gestion de la fermeture, de l’hospitalité choisie, des choix affinitaires, du connu, des repères, et de l’intérêt particulier⁵⁷. Toutefois, les deux définitions très larges qui sont mentionnées ci-haut ne permettent pas d’appréhender les aspects concrets que nous voulons faire ressortir quant à la notion d’espace public. Dans cette optique il s’avère important de se demander qu’en est-il du droit? Existe-t-il une définition juridique quant aux espaces privé et public qui puisse satisfaire aux exigences de la problématique qui est explorée dans le cadre de ce mémoire?

Nos recherches ne nous ont pas permis de trouver une définition juridique satisfaisante de la notion d’espace public⁵⁸. Toutefois, une recherche menée par les professeurs Gaudreault-Desbiens et Karazivan sur les notions de ‘public’ et de ‘privé’ au sein des

⁵⁵ Habermas, Jürgen, *L’espace public : archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Payot, Paris, 1997, p.47

⁵⁶ Schaefer, Richard, T., Floyd, Richard, Halland Bonnie, *Sociology: A Brief Introduction*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson Limited, 2002, p. 395

⁵⁷ *Ibid*

⁵⁸ [Note] Stéphane Guérard, de l’Université du droit de la santé - Lille II a tenté de fournir une définition juridique de la notion de «lieu public» qui, selon lui s’entend de deux façons. Premièrement, ce concept se réfère «aux lieux appartenant aux personnes publiques c’est-à-dire des immeubles d’appropriation publique faisant l’objet d’un droit de propriété publique». Deuxièmement, un lieu public peut être conceptualisé comme étant «tout lieu ouvert au public et recevant du public». Toutefois, cette définition nous paraît trop succincte et s’applique trop au contexte de la France pour pouvoir s’appliquer à la présente recherche. Guérard, Stéphane, «La liberté religieuse dans les lieux publics» (2005) 4, C.R.D.F., p. 52

traditions juridiques de la common law et du droit civil nous permettent de saisir quelques aspects importants du concept d'espace public⁵⁹. Selon ces auteurs, les notions d'espace public et privé existent depuis l'Empire romain et varient considérablement en fonction des cultures, des croyances et valeurs ainsi que des traditions juridiques. Cette dernière affirmation les a d'ailleurs amenés à avancer les constats suivants :

[...] the public sphere tends to be broader in civil law jurisdictions than in common law ones, resulting in a larger space of State regulation. Here 'Public sphere' is taken to refer to all the loci, generally open to the public, where individuals interact concretely or symbolically with others envisaged as non proximate others. In any events, the concepts of 'public sphere', 'public good', 'public interest', or 'public order' are all generally given a broader interpretation at civil law than at common law⁶⁰.

En vertu de cet énoncé et pour les fins de ce mémoire, nous entendons par 'espace public' des lieux publics ou des lieux affectés à un service public qui sont accessibles à l'ensemble de la population et qui sont gérés d'abord et avant tout par l'État ou ses organismes. Ces lieux comprennent : des édifices abritant la législature, des ministères et agences du gouvernement, des édifices municipaux, des établissements d'enseignement publics primaires et secondaires, les universités, des hôpitaux publics, des palais de justice, des bibliothèques publiques, des centres de détentions, des aéroports, des gares de train et d'autobus, des parcs et des plages publics bref, des lieux d'échanges et de contacts entre des individus ou des groupes au sein d'une société donnée.

Pour faire suite à notre recherche, la prochaine section de ce chapitre consistera en la justification du droit comparé comme méthode d'analyse des systèmes juridiques des États-Unis, du Canada, de la France et de la Suisse comme objets de ce mémoire.

⁵⁹ Gaudreault-Desbiens, Jean-François, Karazivan, Noura, «The 'Public' and the 'Private' in the Common Law and Civil Law Traditions and the Regulation of Religion» dans Silvio, Ferrari et Sabrina, Pastorelli, dir., *Religion in the Public Spaces: A European Perspectives*, United Kingdom, Ashgate, 2012, p. 94-117

⁶⁰ *Ibid*, p. 112

III

Justification du recours au droit comparé comme méthode de comparaison des systèmes juridiques des quatre États

Il nous a semblé intéressant de mener une recherche comparative entre le Canada, les États-Unis, la France et la Suisse en raison principalement des défis auxquels font face ces États quant à la gestion de la diversité religieuse au sein de leurs territoires. Ces défis sont du reste assez représentatifs des réalités que connaissent les sociétés occidentales actuellement quant à la question du port des signes religieux dans l'espace public. Nous pouvons supposer que de telles similitudes interviennent s'agissant des réflexions, des solutions proposées ou même des discours sociojuridiques avancés, contribuant ainsi à créer un vaste système d'influence autour des problématiques communes certes, mais se révèlent de manière spécifique selon le contexte de chaque État. Dans les lignes qui vont suivre, nous mettrons en exergue le choix du droit comparé comme méthode d'analyse de la problématique de cette recherche en insistant particulièrement sur le bien-fondé de cette discipline ainsi que de ses apports au niveau de l'enrichissement de notre analyse.

Il convient tout d'abord de mentionner que le Canada et les États-Unis sont deux pays qui relèvent principalement de la tradition de la common law⁶¹ alors que la France et la Suisse s'inscrivent dans le giron du droit civil. Le même fait social sera donc examiné à partir des perspectives de deux traditions juridiques différentes au sein de quatre États différents. Dans cette optique, il s'agira de comparer deux systèmes juridiques ainsi que les valeurs et les bases philosophiques qui les sous-tendent à partir d'une problématique prédéterminée qui, dans notre cas, est la question du port des signes religieux dans l'espace public. De

⁶¹ [Note] Les États-Unis et le Canada ont un point en commun supplémentaire dans la mesure où au Canada, le Québec est de tradition civiliste alors qu'aux États-Unis, la Louisiane relève de la même tradition juridique. De plus, leurs systèmes civilistes comportent des éléments de la common law britannique. En Louisiane, les décisions judiciaires peuvent être rendues en vertu de l'interprétation judiciaire des lois alors que dans les autres États américains, c'est la méthodologie de la common law qui prévaut. Nous pouvons donc dire que les États-Unis et le Canada sont des pays bi-juridiques parce qu'ils fonctionnent à partir de deux traditions juridiques. Cependant, le Canada est le seul des deux pays à se définir officiellement comme étant un pays bi-juridique.

plus, l'approche méthodologique du droit comparé permettra d'analyser l'expression des croyances religieuses en public ainsi que les mécanismes sociojuridiques qui la régularise au sein de plusieurs cadres d'analyse dans le but d'en dégager les similitudes et les différences, tout en établissant un dialogue inter-juridique entre les divers systèmes de droits concernés. Dans ce contexte, les droits onusien et européen qui constitueront une partie importante de ce mémoire feront l'objet d'une attention particulière, dans la mesure où ils cherchent à développer un droit international apte à répondre aux traditions juridiques de plusieurs États, y compris ceux qui font l'objet de ce mémoire⁶².

Par ailleurs, dans la mesure où «il sert à dégager les principes relatifs aux nations civilisées»⁶³, et qu'il favorise l'objectivation des connaissances (à partir d'une perspective multidisciplinaire) et des préceptes menant à l'élaboration du droit international (tels que l'abus de droit ou la «pacta sunt servanda»), le droit comparé est incontournable à notre recherche pour les raisons suivantes :

- Il permet au chercheur de développer une meilleure compréhension des droits étrangers et de mieux situer son système juridique en rapport aux droits nationaux des autres pays face à une problématique juridique précise, en remontant aux sources de ces systèmes pour pouvoir identifier les réponses qu'ils fournissent à une ou des questions juridiques particulières, de manière à pouvoir les comprendre en fonction des contextes sociohistoriques au sein desquels ils évoluent.
- Il permet au chercheur de se détacher des idées préconçues liées à sa connaissance de son système juridique tout en développant un sens plus

⁶² Alland, Denis, Rials, Stéphane, «Église et État en Europe» dans *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 2003, à la p. 455

⁶³ De Cruz, Peter, *Comparative Law in a Changing World*, London, Cavendish, 1995, p.6

critique par rapport aux notions et préceptes émanant des autres systèmes juridiques qu'il étudie et analyse.

- Le fait qu'il permette de comparer les notions, pratiques et connaissances émanant de plusieurs systèmes juridiques, fait en sorte qu'il facilite la recherche des meilleures pratiques par rapport à une problématique donnée, en offrant une variété de solutions que ne peut offrir l'étude d'un seul système juridique.
- Dans le contexte de la mondialisation, le droit comparé facilite l'étude de d'autres législations provenant de d'autres régimes juridiques tout en permettant de dégager des principes généraux communs à ces systèmes qui deviennent une réalité de plus en plus tangible sur la scène internationale⁶⁴.

Notre analyse proposera donc une «microcomparaison» du droit relatif au port des signes religieux dans l'espace public au sein de deux traditions juridiques (droit civil/common law britannique)⁶⁵ émanant de quatre États. Une approche multidisciplinaire principalement axée sur la philosophie et la sociologie du droit sera entre autre préconisée.

La prochaine sous-section de cette recherche consistera en la justification du choix du Canada, des États-Unis, de la France et de la Suisse comme objets de cette recherche.

⁶⁴ [Note] cet élément se trouve au sein du paragraphe 38 (c) du *Statut de la Cour internationale de justice* en ligne : <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0&lang=fr> ; De Cruz, Peter, supra note 63, p.6

⁶⁵ Les recherches menées par De Cruz, *Ibid*, p. 224-226 nous permettent d'avancer qu'il existe deux types de comparaisons en droit comparé : (1) la macro-comparaison qui est l'étude complète de deux grands systèmes juridiques; (2) la micro-comparaison qui se réfère à l'analyse de plusieurs sujets à partir des préceptes de deux ou plusieurs systèmes juridiques.

IV

Justification du choix du Canada, des États-Unis, de la France et de la Suisse comme objets d'étude de la recherche

Plusieurs raisons justifient le choix de ces pays comme objets d'étude. Tout d'abord, au niveau des similitudes nous pouvons dire que ces quatre pays sont majoritairement de tradition religieuse chrétienne⁶⁶ et leur histoire est parsemée d'évènements qui font ressortir de manière implicite les notions du «privilège chrétien» (*Christian Privilege*) au sens de Blumenfield, Fairchild et de Tocqueville ainsi que le concept «d'hégémonie du christianisme» selon la perspective de Gramsci au sein de leur population respective⁶⁷. À titre d'illustration, les principales fêtes religieuses (Noël, Vendredi Saint, Pâques, Lundi de Pâques etc.) qui sont célébrées au sein de ces États sont de nature chrétienne, tandis que les membres des minorités religieuses désirant profiter de congés prescrits par leurs religions doivent en faire la demande expresse tout en espérant un 'accommodement' qui n'entraînerait pas de 'contrainte excessive' de la part de la majorité. De plus, en Suisse et jusqu'à un certain point au Canada, certaines religions chrétiennes bénéficient d'une reconnaissance constitutionnelle qui leur permet d'être reconnues comme religion d'État (dans le cas de la Suisse)⁶⁸ ou de bénéficier de façon exclusive de subventions de l'État

⁶⁶ 76% des américains, 79% des Suisses, entre 83% à 88% des français et 77% des Canadiens sont de religion chrétienne. Bramadat, Paul Koenig, Mathias *International Migration and the Governance of Religious Diversity*, Montréal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2009 p. 75, 105, 195, 225

⁶⁷[Note] Selon Fairchild et Blumenfield le concept de «*Christian privilege*» peut être défini comme [...] *a seemingly invisible, unearned, and largely unacknowledged array of benefits afforded to Christians. This system of benefits confers dominance on Christians.* Fairchild Ellen, E., Blumenfield, Warren, J., «Traversing Boundaries: Dialogues on Christian Privilege, Religious Oppression, and Religious Pluralism Among Believers and Non-Believers» (2007), 26, *The C.S.A. J.*, 2, p. 177; Blumenfield, Warren, J., «Christian Privilege and the Promotion of 'Secular' and Not-so 'Secular' Mainline Christianity in Public Schooling and in the Larger Society», (2006), 39 *E.E.E.*, p. 195. Alexis de Tocqueville pour sa part soutient que la notion de «Privilège chrétien» repose sur la reconnaissance de l'influence prédominante de la religion chrétienne sur les individus vivant en société peu importe leurs affiliations religieuses. de Tocqueville, Alexis, *Vie, œuvres et concepts*, Paris, Ellipse, 2004. Antonio Gramsci pour sa part conçoit la notion «d'hégémonie chrétienne» comme étant le fait pour la chrétienté de propager ses dogmes et principes religieux sous la forme de construction sociale ou de normes qui relèvent du sens commun ou qui s'applique à tous les individus vivant en société. Jones, Steve, *Antonio Gramsci*, London, New York, Routledge, 2006.

⁶⁸ Cattacin, Sandro et Al., *État et religion en Suisse : Lutttes pour la reconnaissance, formes de reconnaissance*, Berne, Commission fédérale contre le racisme, 2003, p.5. En effet, des cantons tels que ceux de Fribourg, Lucerne, Ndwalden, Ticino, Wallis, et Zug étaient de tradition catholique et les religions appartenant à cette dénomination étaient officiellement reconnues par l'État alors que ceux de Zurich,

pour le fonctionnement de leurs systèmes scolaires (du côté du Canada)⁶⁹. En France, les principes de la laïcité républicaine que nous examinerons plus loin stipulent que l'État ne salarie, ni ne subventionne aucun culte mais qu'il peut, ainsi que les collectivités locales, subvenir à l'entretien des lieux de cultes laissés à la disposition des Églises. En conséquence, pendant que l'État français subventionnait l'entretien de nombreuses églises chrétiennes et juives, l'islam s'est trouvé dans l'obligation de financer lui-même ses propres mosquées en raison, selon l'État français, de son implantation tardive au sein de la République⁷⁰. À cette situation s'ajoute le statut particulier de l'Alsace-Moselle où les religions catholiques, luthériennes et israélites bénéficiaient d'un appui accru de l'État et continuent encore aujourd'hui à jouir des mêmes privilèges pour des raisons essentiellement historiques et politiques⁷¹. Aux États-Unis, le *Annual Easter Egg Roll*, qui est la célébration de la Fête de Pâques dans certaines écoles est parrainé par le président du

Genève, Bâle, Berne et Waadt s'identifiaient au protestantisme et les religions protestantes jouissaient de reconnaissances et de statuts privilégiés par l'État.

⁶⁹ Au Canada, l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui oblige l'État à financer les écoles des minorités catholiques et protestantes de l'Ontario à l'exclusion des écoles religieuses des autres religions a été contesté devant le Comité des droits de l'ONU qui a statué qu'elle violait l'article 26 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. Voir : *Arieh Hollis, Waldman c. Canada*, 5 novembre 1996, Communication No. 694/1996, CCPR/C/67/D/694/1996. Il convient de mentionner que ce jugement du Comité des droits de l'homme est un appel d'un jugement de la Cour suprême du Canada intitulé *Adler c. Ontario* [1996] 3 R.C.S. en ligne : <http://csc.lexum.org/fr/1996/1996rcs3-609/1996rcs3-609.html> qui avait jugé conforme à l'article Premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* que l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui autorise le financement des écoles catholiques au détriment des écoles des autres confessions religieuses; *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.U) en ligne : <http://lois.justice.gc.ca/fra/const/page-1.html#docCont>. Cette disposition qui, au départ s'appliquait à la province de Québec, ne s'y applique plus en raison d'une exemption constitutionnelle demandée par cette province. Voir : Sénat du Canada, *Rapport du Comité mixte spécial pour modifier l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 concernant le système scolaire du Québec*, Canada, Gouvernement du Canada, en ligne : <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1031506&Mode=1&Parl=36&Ses=1&Language=F&File=6>

⁷⁰ Assemblée nationale, France, *Rapport fait au nom de la Mission d'information sur la question du port des signes religieux à l'école*, France, Assemblée nationale, 2004, p.43. Par ailleurs, cette réalité a amené plusieurs citoyens français de confession musulmane à se sentir exclus de la République.

⁷¹ *Ibid*, p. 25

pays qui y prend part activement pendant que les religions minoritaires non-chrétiennes ne bénéficient pas d'un tel avantage⁷².

Dans ce même ordre d'idées, le paysage démographique des quatre États est caractérisé par une forte présence de minorités religieuses⁷³. Au Canada, les données du Recensement de 2001 révèlent que les musulmans ont connu une croissance démographique exponentielle au pays, passant de 253 300 individus en 1991 à 579 600 personnes en 2001⁷⁴. Il en va de même pour les hindouistes et les sikhs qui ont connu une augmentation de 89% pour se situer respectivement à 297 200 et 278 400 personnes⁷⁵. La même réalité s'observe aux États-Unis où les religions non-chrétiennes connaissent une évolution démographique appréciable par rapport aux religions chrétiennes⁷⁶. En Suisse, l'Islam avec un taux de 4.3% de la population, l'hindouisme avec 0.4% de la population et le bouddhisme avec 0.3% de la population constituent les trois plus grandes religions minoritaires de cet État⁷⁷. En France, bien que l'État ne comptabilise pas des données quantitatives sur les minorités, y compris les religions minoritaires, il est aisé de formuler les mêmes arguments que pour les trois autres États précédents car, l'Islam (9% d'adhérents), le judaïsme (1%), le bouddhiste et l'hindouisme (avec 1% de membres respectivement) sont en hausse constante

⁷² Blumenfield, Warren, J., «Christian Privilege and the Promotion of 'Secular' and Not-so 'Secular' Mainline Christianity in Public Schooling and in the Larger Society», supra note 67, p.195

⁷³ Statistique Canada, *Recensement de 2001, Séries « analyses » : Les religions au Canada*, Canada, Statistique Canada, 2003, p.8

⁷⁴ *Ibid.* Il convient de noter que nous utilisons les données du Recensement de 2001 parce que les données sur la religion ne sont recueillies par Statistique Canada qu'à tous les 10 ans. Par conséquent, les données sur la religion seront seulement saisies dans le Recensement de 2011 et elles n'étaient pas disponibles au moment où ces lignes sont écrites. De plus, nous ne savons pas à quel point les modifications apportées au Recensement de 2011 par l'État canadien va permettre de rapporter des chiffres démontrant l'évolution démographiques des communautés religieuses au Canada.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Pew Forum on Religion & Public Life, *U.S. Religious Landscape Survey: Religious Affiliation Diverse and Dynamic*, Washington, Web Publishing, p. 10, en ligne: <http://religions.pewforum.org/pdf/report-religious-landscape-study-full.pdf>. Le nombre de musulmans (0.6%), de bouddhistes (0.7%) et d'hindouistes (0.4%) croient pratiquement à chaque année aux États-Unis.

⁷⁷ Eurel, Sociological and Legal Data on Religion in Europe, *Religious Minorities: Switzerland*, Europe, 2000 Census, p. 1 en ligne: www.eurel.info/EN/index.php?rubrique=387&pais=23

également⁷⁸. Par ailleurs, les membres de ces religions minoritaires sont plus jeunes que l'ensemble de la population des quatre États et résident principalement dans les grandes villes urbaines. De plus, ces États sont caractérisés par une proportion grandissante de personnes qui indiquent n'avoir aucune affiliation religieuse.

Dans cette même logique de similitudes, les quatre États se définissent comme étant des démocraties libérales qui accordent une grande importance à la sauvegarde des droits humains et des libertés fondamentales. De plus, le droit à la liberté de religion qui reconnaît à divers degrés le port des signes religieux dans l'espace public au sein des quatre États jouit d'une reconnaissance constitutionnelle qui est la loi suprême de ces pays⁷⁹. Par ailleurs, ces États sont partis aux principaux traités internationaux relatifs aux droits humains dont le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁸⁰ [ci-après le Pacte] et la *Convention européenne des droits de l'homme*⁸¹ [ci-après la Convention

⁷⁸ *Ibid*

⁷⁹ Au Canada, c'est l'article 2 a) de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui garanti la liberté de conscience et de religion au sein de cet état. Aux États-Unis ce droit est garanti au sein du Premier amendement ainsi que de l'article VI de la Constitution du pays. En Suisse, ce droit est enchâssé au sein de la Constitution fédérale par le biais de l'article 15 alors qu'en France, c'est l'article Premier de la Constitution de 1958 qui reconnaît le droit à la liberté de conscience et de religion au sein du paysage juridique de cet État. Voir : *Charte canadienne des droits et libertés*, L.R.C. (1985), App. II, No. 44 ann. B., Partie I, Art. 2 a); *United States Constitution*, 1787, First Amendment, Section VI, Legal Information Institute of the United States en ligne : <http://www.law.cornell.edu/constitution/billofrights#amendmenti>; France, *Constitution du 4 octobre 1958*, art. 1^{er}, en ligne : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/texte-integral-de-la-constitution-de-1958.5074.html#preambule> ; Suisse, *Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 18 avril 1999*, en ligne : <http://www.admin.ch/ch/f/rs/101/index.html>

⁸⁰ 19 décembre 1966, R.T. Can. 1976, no. 47, 999 R.T.N.U. 171 6 I.L.M. 368 [ci-après le Pacte]. Il s'avère important de noter que la France est devenue partie au Pacte en 1980, les États-Unis en 1992, le Canada et la Suisse en 1976. Pour plus d'information voir : United Nations High Commissioner for Human Rights, *Status of Ratification: International Covenant on Civil and Political Rights*, Geneva, United Nations, 2004, en ligne: <http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr-ratify.htm>

⁸¹ *Convention européenne des droits de l'homme* (1955) 213 R.T.N.U. 221. S.T.E., no. 5 [ci-après la Convention]. La France et la Suisse ont ratifié cet instrument régional en 1974. Pour plus d'information voir : Conseil de l'Europe, *Convention pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Conseil de l'Europe, 2012, en ligne: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?CL=FRE&CM=&NT=005&DF=&VL=>

européenne] dont les dispositions relatives à la liberté de religion seront examinés de manière approfondie dans ce mémoire.

Dans ce même ordre d'idées, les quatre pays à l'étude ont été touchés à divers degrés par la question du port des signes religieux dans l'espace public. En effet, alors qu'en France et en Suisse le port des signes religieux en public a été perçu comme une remise en cause de la laïcité, une menace à la cohésion sociale ainsi que comme un élément déclencheur d'un débat socio-politique plus vaste sur des questions reliées à l'intégration des immigrants, aux États-Unis et au Canada (en particulier au Québec), le débat semble démontrer qu'il est nécessaire d'engager une réflexion publique et un dialogue sur la place de la diversité religieuse dans les institutions publiques. Néanmoins, ces pays font tous face à des tensions sociopolitiques liées à la diversité religieuse alors qu'ils essaient d'adopter diverses stratégies pour pouvoir y remédier.

Toutefois, ces États se distinguent tout d'abord en ce qui a trait à la manière dont ils incorporent le droit international au sein de leurs systèmes juridiques. En effet, alors que les États-Unis⁸², la Suisse⁸³ et la France⁸⁴ disposent de systèmes juridiques monistes, c'est-

⁸²[Note] L'article 6 paragraphe 2 de la Constitution américaine reconnaît le caractère moniste du système juridique de ce pays en ces termes «This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be bound thereby, anything in the Constitution or Laws of any State to the contrary notwithstanding ». *United States Constitution* supra note 79. Par ailleurs, dans *Foster c. Neilson* 27 U.S. (2 Pet.) 253 (1829) la Cour suprême des États-Unis a ré-affirmé le caractère moniste du système juridique américain selon ces propos «Our Constitution declares a treaty to be the law of the land. It is, consequently, to be regarded in courts of justice as equivalent to an act of the legislature, whenever it operates of itself without the aid of any legislative provision». *United States Constitution*, 1787, supra note 79

⁸³[Note] C'est l'article 190 de la Constitution Suisse qui reconnaît le caractère moniste du système juridique de cet État selon la stipulation suivante : «Le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international». Pour plus d'information sur le régime juridique suisse voir : International Institute for the Unification of Private Law, *Ad Hoc Working Group on Legislative Techniques for the Implementation of the Preliminary Draft Convention on Harmonized Substantive Rules Regarding Intermediated Securities*, Unidroit, Study LXXVIII, 2006, p. 4 en ligne: <http://www.unidroit.org/english/documents/2006/study78/s-78-026-e.pdf> voir également la *Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 18 avril 1999*, supra note 79

à-dire, un système qui incorpore au sein de leur droit national les traités internationaux immédiatement après qu'ils aient été ratifiés par ces États, le système juridique canadien est dualiste dans la mesure où un traité n'est intégré dans le paysage juridique de ce pays que par un acte du Parlement⁸⁵. Cet état de fait peut jouer un rôle important au niveau de l'importance que les tribunaux des quatre États accordent au droit international au sein de leurs jugements, en particulier les traités internationaux dont, le Pacte et la Convention européenne qui seront examinés dans le cadre de ce mémoire.

Il existe également des différences marquées au sein de ces pays au niveau de la régulation institutionnelle du fait religieux. À cet égard, la place que chacun des États accorde à la diversité religieuse dans son système juridique en constitue une illustration intéressante. En effet, la France et la Suisse ont adopté des mesures législatives particulièrement strictes en ce qui a trait au port des signes religieux dans l'espace public alors qu'au Canada et aux États-Unis une approche basée sur le cas par cas semble être davantage favorisée. De plus, alors qu'en France et en Suisse, et jusqu'à un certain point au Canada (avec le Québec) le politique s'immisce avec passion dans le débat portant sur le port des signes religieux en public, aux États-Unis, le milieu politique semble vouloir adopter un respect serein face à cette question tout en gardant une certaine distance par rapport à la présence du fait religieux dans l'espace public.

Dans ce même ordre d'idées, on observe également qu'alors que les États-Unis et le Canada se sont édifiés sur la base de l'immigration et ont connu une forme de colonisation que l'on pourrait qualifier de «colonisation de peuplement»⁸⁶, la France pour sa part n'est

⁸⁴ L'article 55 de la *Constitution du 4 octobre 1958* stipule que les «traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication une autorité supérieure à celle des lois [...]». *Constitution du 4 octobre 1958*, supra note 79

⁸⁵ Arbour, J.-Maurice, Parent, Geneviève, *Droit international public*, supra note 18, p. 171

⁸⁶ [Note] «La colonisation de peuplement» est une forme de colonisation basée sur le peuplement du territoire qui est découvert et l'aménagement de cités, villes et villages contrairement à la «colonisation d'exploitation» qui se caractérise par l'exploitation des ressources se trouvant sur le territoire découvert sans égard à la

actuellement plus considéré comme un pays d'immigration après l'avoir été pendant des années⁸⁷. Quant à la Suisse, elle est essentiellement un pays où l'immigration est un phénomène relativement récent. Par ailleurs, le Canada possède une politique officielle de multiculturalisme qui vise entre autres à promouvoir la diversité religieuse alors que les autres pays ne possèdent pas ce genre de politique. Également, nous pouvons dire que la politique du *Melting pot* américain possède une certaine similitude avec l'universalisme républicain qui existe en France, dans la mesure où les deux approches exigent la suppression des différences raciales, ethniques et religieuses entre les nouveaux arrivants pour qu'ils puissent s'intégrer et participer pleinement dans leur société d'accueil. Cependant, le *Melting pot* américain n'adopte pas une approche aussi rigide que la France face à l'expression des croyances religieuses dans l'espace public.

De telles différences ne sauraient cependant nuire à notre analyse dans la mesure où ce sont des États qui sont souvent mis en parallèle à divers degrés par la littérature lorsqu'il s'agit de mettre en relief la compréhension de phénomènes sociaux tels que le port des signes religieux dans l'espace public. Par-dessus tout, nous retiendrons que les États-Unis, le Canada, la France et la Suisse, bien que considérant la problématique du port des signes religieux dans l'espace public selon des cadres normatifs et structurels distincts, se voient pareillement interrogés par une même réalité, celle de la gestion d'un pluralisme religieux croissant au sein de leurs territoires.

Dans le prochain chapitre, nous allons établir le cadre conceptuel au sein duquel la problématique du port des signes religieux dans l'espace public sera examinée.

création de cités, villes ou villages qui seraient viables à long terme. La recherche stipule qu'alors que l'Espagne s'est souvent adonnée à une forme de colonisation d'exploitation, la France et l'Angleterre ont surtout eu recours à la colonisation de peuplement. Ballandier, Georgesm «Remarques sur les regroupements politiques africains», (1960) *R.F.Sc.Pol.*, 10, 4, p. 841-849

⁸⁷ Ciceri, Coryse, *Le foulard islamique à l'école publique : analyse comparée du débat dans la presse française et québécoise francophone (1994-1995)*, Faculté des sciences de l'éducation, Université de Montréal, Septembre 1998, p. 6.

Chapitre deuxième

Cadre théorique relatif au port des signes religieux dans l'espace public

Introduction

Les recherches empiriques ont démontré à maintes reprises que la religion remplit quatre principales fonctions (parmi d'autres) dans la vie des individus et des collectivités : (1) une fonction visant à donner un sens à la vie des croyants; (2) une fonction visant à permettre le développement d'une identité partagée; (3) une fonction visant à assurer le développement d'une éthique, de valeurs et de normes communes; et (4) le soutien communautaire lorsque les individus et les groupes sont aux prises avec les défis et les aléas de la vie⁸⁸. Comment alors expliquer les remous sociojuridiques causés par les manifestations des croyances religieuses dans les sociétés démocratiques et libérales d'aujourd'hui, quand les religions jouent un rôle aussi important dans la vie des croyants? Y-a-t-il un ou des cadres conceptuels appropriés pouvant nous permettre de saisir les enjeux relatifs au droit à la manifestation du fait religieux dans l'espace public au Canada, aux États-Unis, en France et en Suisse?

Cette section de la recherche va explorer des pistes de réponse à ces questions en examinant les dimensions et perspectives relatives à la liberté de religion dans le but de mettre en lumière, les principes théoriques qui sous-tendent le droit à la liberté de religion dans la mesure où ils s'appliquent au port des signes religieux dans l'espace public.

⁸⁸ Proulx, Jean-Pierre, «Is Religion on the Rise or on the Decline? A Brief Sociometric Portrait of Religion in Quebec», *C.A.R.S.*, (2007) 4, 1, p. 6

I

Dimensions et perspectives relatives à la liberté de religion

Issu de la perspective du libéralisme⁸⁹, dans la mesure où il oppose les exigences de l'individu par rapport à celles de l'État, le droit à la liberté de religion, norme juridique susceptible de justifier le port des signes religieux dans l'espace public, est un droit civil et politique relevant des droits à l'égalité qui est directement justiciable devant les tribunaux de droit commun et les instances internationales. En effet, dans le cadre des contestations judiciaires où les questions de nature religieuse sont en jeu, le droit à l'égalité est invoqué tant par ceux (membres d'une dénomination religieuse) qui souhaitent faire l'objet d'un traitement différentiel (au nom de l'égalité) qu'éventuellement par ceux (tiers parties) qui se considèrent victimes d'un traitement différentiel appliqué à d'autres (au nom de la discrimination) (qu'on appelle "*freedom from religion*")⁹⁰. À ce titre, il constitue un des fondements des droits humains ainsi qu'un élément important de l'identité des individus.

Concrètement, au niveau du développement des politiques publiques, l'exercice de la liberté de religion soulève notamment des questions relatives à l'intégration des immigrants, les droits des minorités, le sentiment d'appartenance à la société d'accueil et

⁸⁹ [Note] la perspective libérale conçoit le droit comme un instrument largement autonome par rapport à l'État, qui lui-même consacre l'autonomie de la sphère économique tout en s'abstenant généralement de toute intervention marquée dans ce domaine. Fournier, François, Coutu, Michel, «Le Québec et le monde 1975-2000 : mutations et enjeux», dans Bosset, Pierre, dir., *Après 25 ans, la Charte québécoise des droits et libertés – Études*, Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2003, p. 45-46

⁹⁰ L'égalité est une notion dont les principes sont très difficiles à définir et qui a suscité de nombreux débats auprès des théoriciens qui ont tenté de développer des modèles d'égalité qui avaient pour but d'appréhender et de remédier aux inégalités sociales de leurs époques. En effet, Rousseau a développé un modèle qui reconnaît l'égalité comme le fondement de l'harmonie sociale que toute société devrait chercher à atteindre et maintenir alors qu'Alexis de Tocqueville conçoit l'égalité à partir du principe de «l'individualisme» qui favorise les droits individuels aux dépens des droits collectifs. Tuttle, Williams, Alfred, *The Concept of Equality in the Writings of Rousseau, Bentham and Kant*, New York, Teachers College, Columbia University, 1972, p.14; Gilbert, Pierre, et Rémond, René, *Égalité sociale et liberté politique: Une introduction à l'œuvre de de Tocqueville*, Paris, Aubier Montaigne, 1977, p. 252. Cette approche individualiste serait par ailleurs à l'origine des nombreuses attaques que subissent les programmes d'action positive (*affirmative action*) aux États-Unis. Gray, Robert, W., *The Four Faces of Affirmative Action*, Connecticut, Greenwood Press, 2001, p. 193

l'égalité entre les sexes. En effet, le caractère foncièrement inégalitaire des rapports entre hommes et femmes au sein de certaines religions peut causer des conflits – réels ou apparents – entre le droit à la liberté de religion et l'égalité des sexes. Dans cette optique, le droit à la liberté de religion touche divers aspects de la vie sociale et comporte plusieurs dimensions pouvant être perçues à partir de diverses perspectives. En l'occurrence, un court examen des différentes conceptualisations et dimensions relatives à la liberté de religion s'avère nécessaire pour pouvoir identifier le cadre conceptuel approprié relatif à notre analyse.

La doctrine fait état du fait que la liberté de religion comporte deux dimensions (horizontale et verticale) et peut être conceptualisée de quatre manières : les dimensions (1) négative et (2) positive; les perspectives (3) différentialiste et (4) universaliste⁹¹. Au niveau de sa dimension verticale, la liberté de religion se réfère aux situations dans lesquelles un justiciable revendiquerait un droit contre l'État, ou que celui-ci adopterait une politique publique ou une législation qui ne serait pas favorable à un groupe en particulier. La dimension horizontale de la liberté de religion pour sa part, se rapporte à l'impact de celle-ci sur les droits d'autrui⁹². Ce dernier point est d'une importance particulière parce qu'il soulève la question portant sur la nécessité pour l'État d'intervenir dans l'espace public pour légiférer sur les manifestations des croyances religieuses.

Dans ce même ordre d'idées, ces deux dimensions nous amènent à aborder au niveau conceptuel l'intensité de l'obligation de l'État en matière de gestion du fait religieux sur son territoire. En effet, les conceptions relatives à la liberté de religion se réfèrent à sa nature en tant que droit de première génération, des obligations qu'elle impose à l'État ainsi que de son interrelation avec les perspectives différentialiste et universaliste au sein du débat relatif aux droits à l'égalité dont elle est le corollaire. En l'occurrence, dans sa

⁹¹ Megret, Frédéric, «Le Canada à la pointe de la tolérance? L'accommodement raisonnable à l'aune du droit international des droits de la personne» dans Jean-François Gaudreault-Desbiens, dir. *Le droit, la religion et le raisonnable*, Québec, Thémis, 2009, p. 268

⁹² *Ibid*

conception négative, la liberté de religion impose à l'État l'obligation de ne pas empêcher les pratiques religieuses. La perspective positive pour sa part exige de l'État la mise en œuvre de mesures visant à faciliter l'exercice de la liberté de religion. Par conséquent, alors que la mise en œuvre de la conception négative des droits à l'égalité doit se faire de façon immédiate et sans délai, la perspective positive pour sa part, requiert une mise en œuvre plus progressive, car elle implique l'utilisation de ressources pouvant occasionner des coûts.

Au niveau pratique, ces deux perspectives s'affrontent dans l'approche différentialiste qui nécessite que l'État favorise activement l'exercice de la liberté de religion au point de permettre des dérogations à certaines lois et politiques afin de ne pas discriminer contre certaines minorités religieuses, et l'approche universaliste qui prône une application universelle et uniforme des lois, politiques et programmes relatifs au fait religieux⁹³. Toutefois, il convient de reconnaître qu'accepter une exemption ou dérogation est, de fait, différentialiste mais cela participe avant tout d'une conception négative de la liberté de religion, en ce que l'État n'agit pas positivement comme tel. Au niveau de la mise en œuvre du droit à la liberté de religion, il est aisé de constater qu'alors que les États sont généralement favorables aux conceptions négatives et positives de ce droit, ils ont tendance à adopter une approche plus restrictive face à l'approche différentialiste qui est jugée plus controversée. Dans ce contexte, il importe de s'interroger sur les fondements de cette approche en rapport à l'approche universaliste ainsi que sur les principes philosophiques sur lesquels ces deux approches reposent. Tel sera l'objectif de la prochaine section de notre analyse.

⁹³ *Ibid*

II

Les courants théoriques relatifs aux perspectives différentialiste et universaliste des droits à l'égalité dans le contexte de la liberté de religion

2.1 Les cadres philosophiques relatifs à la perspective universaliste ou le maintien du statu quo en matière de liberté religieuse

Dans le contexte des droits à l'égalité, la perspective universaliste renvoie à un traitement uniforme de tous les individus sans égard à aucun critère social particulier (tel le sexe, l'origine ethnique et religieuse, la race etc.). De plus, cette approche ne requiert de l'État que l'adoption de lois antidiscriminatoires tout en s'abstenant d'intervenir dans l'espace public pour ne pas nuire à la jouissance des droits civils et politiques par les citoyens y compris le droit à la liberté de religion. Dans cette optique, il importe de s'interroger sur les principaux cadres théoriques sur lesquels repose la vision universaliste des droits à l'égalité dans la mesure où elle s'applique à la régulation du port des signes religieux dans l'espace public. La réponse à cette question est complexe, car il existe plusieurs fondements philosophiques qui s'inspirent de la perspective universaliste. Cependant, pour les fins de ce mémoire nous allons en retenir deux : (1) le Libéralisme classique de John Rawls; et (2) le Republicanisme modernisé de Dominique Schnapper car ces deux cadres philosophiques étalent avec fidélité les principes relatifs à la perspective universaliste.

2.1.1 Le Libéralisme classique

Le Libéralisme classique de Rawls, est centré sur l'individu et le perçoit comme un être possédant des droits fondamentaux (la liberté d'expression entre autres) relativement inviolables dans ses rapports avec l'État. Par conséquent, il insiste sur la protection de «l'indépendance morale de l'individu» en tant qu'être libre et rationnel, tout en préconisant une approche axée sur la neutralité axiologique (*Axiological neutrality*) de l'État, face aux

revendications culturelles et religieuses dans l'espace public⁹⁴. Cette neutralité vaut pour ce qui est de l'État lui-même, de ses institutions, de ses politiques, bref, de tout ce qui relève de l'espace public⁹⁵. Cette approche conçoit le rôle de l'État comme étant celui de garantir un espace de liberté aux individus. Par conséquent, celui-ci doit prôner l'impartialité et s'abstenir d'intervenir de quelque manière que ce soit dans un sujet social aussi controversé que la religion⁹⁶. De fait, le libéralisme classique épouse la conception négative des droits à l'égalité qui conçoit la liberté de religion comme un droit de première génération et interdit toute intervention de l'État pour empêcher ou encourager l'exercice des pratiques religieuses en public⁹⁷. En l'occurrence, cette conception est axée sur une certaine forme de «laisser-faire culturel» qui perçoit toute participation étatique dans certains enjeux sociaux comme une forme de parti-pris en faveur de l'une ou l'autre des conceptions de la «bonne vie» présente dans la société civile.

Le libéralisme classique a toutefois fait l'objet de nombreuses critiques pour sa conception formelle des droits à l'égalité. Tout d'abord, Kymlicka et Taylor⁹⁸ affirment qu'il est inadéquat et peu utile pour faire face aux revendications des minorités religieuses. Selon ces auteurs, les exigences de *neutralité axiologique* ne sont que des façades visant à justifier la domination quasi-complète des droits et valeurs de la majorité sur la minorité, car les sociétés ne sont pas homogènes. Une réalité qui serait en contradiction avec les

⁹⁴ Blackburn, Simon, *The Oxford Dictionary of Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 209; Mulhall, Stephen, Swift, Adam, *Liberals and Communitarians*, Oxford, Blackwell Publishers, 1995, p. 189-190; Rawls J., *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993, p. 300

⁹⁵ Rawls J., *Political Liberalism*, supra note 94

⁹⁶ Mulhall, Stephen, Swift, Adam *Liberals and Communitarians*, supra note 94 p. 190. Selon Catherine Audard, le Libéralisme classique a toujours défendu une vision pragmatique du secularisme et de la neutralité de l'État qui exigent que ce dernier reste en dehors des questions religieuses. Voir : Audard, Catherine, «John Rawls and the Liberal Alternatives to Secularism» dans Cahiers d'Études Hongroises et Finlandaises, *Europe, Minorités, Liberté de religion*, Paris, Harmattan, Université de la Sorbonne Nouvelle – Paris III, p. 245

⁹⁷ Mulhall, Stephen, Swift, Adam *Liberals and Communitarians*, supra note 94, 190; Megret, Frédéric, «Le Canada à la pointe de la tolérance? L'accommodement raisonnable à l'aune du droit international des droits de la personne» supra note 91, p. 268

⁹⁸ Kymlicka, Will, *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit des minorités*, Montréal, Boréal, 1995, p. 113-155; Taylor, Charles, *Multiculturalisme : différence et démocratie*, Paris, Aubier, 1994, p. 144

prémises démocratiques relatives à l'autonomie individuelle⁹⁹. Bourgeault a renchéri dans la même veine en avançant l'argument que le «laisser faire culturel» qui caractérise le libéralisme classique ne ferait que consolider la domination politique et économique d'un groupe sur un autre¹⁰⁰.

Dans ce même ordre d'idées, certains auteurs ont questionné la prétention 'd'impartialité étatique' qui est si chère au libéralisme classique. En effet, toute communauté politique ne tient que dans la mesure où certaines structures encadrent la vie et privilégient, voire même imposent une certaine conception du bien aux membres de la société, dans le but de maintenir une certaine forme de cohésion sociale. En l'occurrence, l'État ne peut se dérober de son rôle de «gardien de l'ordre social» lorsque des sujets litigieux sont soulevés parce qu'il est l'un des principaux responsables de l'édification du projet de société auquel adhère les individus¹⁰¹. Par conséquent, les notions d'impartialité et de neutralité ne peuvent être invoquées par l'État pour s'extirper de ses obligations à l'endroit de ces citoyens.

2.1.2 Le Républicanisme modernisé

Dans un autre ordre d'idées, le Républicanisme de Dominique Schnapper propose une approche qui, tout en ayant des similitudes avec le libéralisme classique, lui est très différente en même temps¹⁰². Il s'agit en effet d'une perspective abstraite, associée au modèle républicain de la France, qui exige un détachement de l'individu de toute appartenance communautaire (ethnique, religieuse culturelle etc.) pour donner son allégeance à la souveraineté de la République et de ses institutions d'abord et avant tout¹⁰³.

⁹⁹ *Ibid*

¹⁰⁰ Bourgeault, A, et Al., «L'espace de la diversité culturelle et religieuse à l'école dans une démocratie de tradition libérale», *R.E.M.I.*, vol. 11, no. 3, p. 79-103

¹⁰¹ *Ibid*

¹⁰² Schnapper, D., *La démocratie providentielle : essai sur l'égalité contemporaine*, Paris, Gallimard, 2002, p. 220-225; Schnapper, Dominique, *La communauté des citoyens : sur l'idée moderne de nation*, Paris, Gallimard, 1994

¹⁰³ Schnapper, Dominique, *La communauté des citoyens : sur l'idée moderne de nation*, supra note 102, p. 116. Schnapper justifie la suprématie de l'État sur l'individu en ces termes «Il est essentiel à l'existence de

En l'occurrence, l'identité nationale a préséance sur l'identité individuelle. Dans cette optique, l'État doit veiller à ce que ses décisions ne procurent aucun avantage à quiconque tout en garantissant la liberté de tous au moyen de la loi.

Communément appelée «individualisme démocratique», la philosophie du républicanisme modernisé exige une stricte séparation entre les espaces privé et public et implique, par conséquent, l'éradication du fait religieux de l'espace public, car la religion relève uniquement de la conscience individuelle. Cette approche est d'ailleurs à la base de la Révolution française qui associe la religion à l'ignorance et à l'obscurantisme, tout en encadrant son existence dans les limites de la laïcité de l'État¹⁰⁴. Cette laïcité se concrétise dans le fait que l'État doit être neutre, impartial et qu'il ne doit appuyer aucune croyance, idéologie ou religion particulière, ni s'adonner à la discrimination sur la base de la religion. Cette perspective exige également que l'État ne reconnaisse ni les différences ethnoculturelles prises au niveau individuel dans le souci de sauvegarder l'égalité entre les individus, ni les communautés, afin que son rapport avec l'individu puisse s'établir de façon directe, par l'intermédiaire de ses institutions qui doivent être neutres¹⁰⁵.

Au même titre que le Libéralisme classique, l'approche républicaine a fait l'objet de nombreuses critiques. Tout d'abord, elle a été jugée comme étant inappropriée pour gérer la diversité religieuse au sein des démocraties libérales et pluralistes d'aujourd'hui, parce qu'elle ignore la dynamique des 'identités' qui façonnent le corps social d'un État, dont les besoins et réalités sont en perpétuels évolution¹⁰⁶. De plus, l'idéal de liberté qui sous-tend

l'État que ces citoyens acceptent l'idée qu'il existe une sphère politique qui existe indépendamment de leurs intérêts particuliers et ils doivent respecter les règles qui régissent son fonctionnement ; ». Basil, R., Singh «Responses of Liberal Democratic Societies to Claims from Ethnic Minorities to Community Rights», (1999), 25, *Ed. S.*, 2, p. 195.

¹⁰⁴ Milot, M., *Laïcité dans le monde, le cas du Québec*, Québec, Bibliothèque de l'École des Hautes Études, Turnhout, Brepols Publishers, 2002, p. 170

¹⁰⁵ Cicéri, Corise, *Le foulard islamique à l'école publique : analyse comparée du débat dans la presse française et québécoise francophone (1994-1995)* supra note 87, p. 6

¹⁰⁶ Blackburn, Simon, *The Oxford Dictionary of Philosophy*, supra note 94, p. 209

le principe de neutralité républicaine est aussi vivement questionné par les penseurs de l'école communautarienne qui rappellent que les individus sont en eux-mêmes inégaux, et qu'il est donc du devoir de l'État de mettre en place des structures spécifiques de discrimination positive (mesures d'équité), qui assureraient à tous un égal accès aux différentes ressources de la vie en société¹⁰⁷. Or, la conception de ces structures ne peut se faire sans la reconnaissance de l'inégalité de fait qui existe entre les divers groupes d'individus vivant en société. Xanthaki¹⁰⁸ a renchéri en affirmant que sous couvert d'égalité, d'impartialité et de neutralité, le républicanisme modernisé consacre en réalité la suprématie de la culture du groupe dominant sur l'ensemble de la société.

Enfin, dans la mesure où ce modèle ressemble au républicanisme français, il a souvent été associé à l'assimilation et à l'acculturation des minorités¹⁰⁹ parce que le déni des différences (raciales, culturelles, ethniques, religieuses) dans l'application des droits à l'égalité fait en sorte que les droits des minorités sont dilués à l'intérieur de ceux de la majorité et finissent par être ignorés. De plus, le fait qu'il exige le confinement de la religion dans l'espace privé a amené certains chercheurs à émettre le constat que le républicanisme exige que les minorités abandonnent leurs valeurs, croyances et référents intrinsèques lorsqu'elles évoluent dans l'espace public pour adhérer complètement au modèle identitaire que leur propose la société d'accueil¹¹⁰.

L'examen de ces deux perspectives philosophiques nous permet de dire que le modèle universaliste en lui-même n'est pas suffisant pour gérer la diversité religieuse au sein des États pluralistes d'aujourd'hui. Il convient alors de se demander ce qu'il en est de la perspective différentialiste? Existe-t-il au sein de cette approche un ou des cadres philosophiques qui seraient appropriés pour la gestion de l'expression des croyances

¹⁰⁷ Mulhall, Stephen, Swift, Adam *Liberals and Communitarians*, supra note 94, p. 269

¹⁰⁸ Xanthaki, Alexandra, «Multiculturalism and International Law : Discussing Universal Standard» (2010), 32, H.R.Q., 1, p. 22

¹⁰⁹ Cicéri, Corise, *Le foulard islamique à l'école publique : analyse comparée du débat dans la presse française et québécoise francophone (1994-1995)* supra note 87, p. 6

¹¹⁰ *Ibid*

religieuses dans l'espace public? C'est ce que nous allons tenter d'établir dans la prochaine sous-section de ce chapitre.

2.2 Survol de certains cadres philosophiques relatifs à la perspective différentialiste: le traitement différencié en matière de liberté religieuse

La perspective différentialiste repose sur le principe du respect des différences individuelles et collectives dans la mise en œuvre des droits à l'égalité¹¹¹. Selon la doctrine, l'importance accordée au respect de la différence par cette perspective fait en sorte qu'elle vise à atteindre l'égalité réelle et non l'égalité formelle¹¹². Dans cette optique, il importe de se demander quels sont donc les systèmes de pensées qui se rapprochent le plus de cette approche?

Tout d'abord, au même titre que l'approche universaliste, il existe plusieurs perspectives philosophiques qui épousent la vision différentialiste; cependant, les contraintes relatives à cette recherche font en sorte que nous n'en retiendrons que quelques-unes soient : les divers types de féminismes juridiques, le *Critical Race Theory*, la perspective communautarienne de Sandel, les valeurs relatives au droit à l'égalité de Fredman, le libéralisme repensé de Kymlicka et la théorie de l'intersectionnalité de Kymberlé Crenshaw.

2.2.1 Les divers types de féminismes juridiques

Au niveau des féminismes juridiques, Iris Marion Young se range d'emblée dans la perspective du féminisme libéral «asymétrique» et appuie l'approche différentialiste en

¹¹¹ Hardy-Dussault, Marianne, «Le port des signes religieux dans les établissements publics d'enseignement : comparaison des approches québécoise et française» dans Eid, Paul, Bosset, Pierre, Milot, Micheline, Lebel-Grenier, Sébastien, dir., *Appartenances religieuses, appartenance citoyenne*, Québec, les Presses de l'Université Laval, 2009, p.75. La perspective différentialiste comporte aussi une dimension qui, sous le couvert d'un discours prêchant pour la reconnaissance d'un droit à la différence contribue à l'existence de traitements inégalitaires pouvant mener à la marginalisation de certains groupes minoritaires. La création du système de ségrégation raciale qui prévalait aux États-Unis dans les années 1950-1960 et le système d'Apartheid qui existait en Afrique du Sud en sont des exemples concrets.

¹¹² *Ibid*

soutenant que traiter tous les individus de façon égalitaire sans tenir compte de certaines caractéristiques historiques et sociales constitue un rejet de la notion du respect de la différence qui est l'essence même des droits à l'égalité¹¹³. La théoricienne du féminisme radical Catharine McKinnon, a tenté d'aller plus loin en conceptualisant l'égalité à partir de la théorie féministe de la domination et de la non-discrimination¹¹⁴ alors que Ronald Dworkin¹¹⁵ envisage l'égalité sous l'angle du respect dû à la dignité inhérente à la personne humaine. Ces diverses perspectives permettent d'affirmer que l'égalité est non seulement difficile à saisir mais est en perpétuelle évolution par rapport aux besoins et idéologies des citoyens et des États.

Cette dernière affirmation est particulièrement vraie dans le cas des dynamiques hommes-femmes où plusieurs pratiques religieuses sont perçues comme étant discriminatoires à l'endroit des femmes. À cet égard, les théories critiques du droit telles la *Critical Race Theory*¹¹⁶, la *Critical Legal Studies*, en plus des féminismes juridiques mettent l'accent sur une approche fondamentalement sociale du droit qui oblige à examiner les femmes non seulement en fonction de leur condition commune mais aussi en vertu de leur diversité. Cette diversité oblige à se demander si toutes les femmes vivent les inégalités de la même

¹¹³ Young, I.M., *Justice and the Politics of Difference*, Princeton N.J., Princeton University Press, 1990, p.45. Selon le professeur Jean-François Gaudreault-Desbiens, le féminisme libéral «asymétrique» est issu du féminisme libéral et, contrairement à ce dernier, il prône dans certaines circonstances l'administration de traitements juridiques différents afin d'en arriver à une égalité qui ne soit pas seulement abstraite. Voir, Gaudreault-Desbiens, Jean-François, *Le sexe et le droit*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 41

¹¹⁴ Mackinnon, Catharine, *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Harvard University Press, 1989, 161 p. Catharine Mackinnon qui relève du féminisme radical critique sévèrement le libéralisme classique en raison de son approche axée sur le laisser-faire qui favorise la domination sociale des femmes en société. De fait, le féminisme radical conçoit l'individu à partir d'une structure sociale où le pouvoir est reparti au profit des hommes et au détriment des femmes. En l'occurrence, c'est une approche qui s'attaque aux fondements de la domination des hommes sur les femmes et cherche à identifier et à critiquer le rôle que joue le droit dans la mise en œuvre et la reproduction de ces rapports de domination par le truchement d'une analyse de la construction sociale de la sexualité. Gaudreault-Desbiens, Jean-François, supra note 113, p.45

¹¹⁵ Dworkin, R., *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2000, 528 p.

¹¹⁶ La doctrine suggère que les tenants de la *Critical Race Theory* cherchent à extirper le racisme du droit étatique et s'en servir pour combattre le racisme en société. Gaudreault-Desbiens, Jean-François, «La *Critical Race Theory* ou le droit étatique comme outil utile, mais imparfait, de changement social», (2001) 48 *Drt. & Soc.*, p. 581

façon, voire même si certaines d'entre elles vivent des inégalités qui leur sont propres en raison principalement des clivages raciaux, sociaux, culturels et religieux qui prévalent au sein des différentes sociétés?

Des auteures telles Angela Harris et Carol Smart ont tenté de fournir une réponse à ces questions en dénonçant ces clivages et en les associant à une stratégie d'exclusion¹¹⁷. Selon elles, considérer lesdits clivages comme de simples facteurs aggravants qui se superposent aux premiers types de clivages que serait l'opposition masculin-féminin, ne ferait qu'occulter la complexité du phénomène de la discrimination, en ignorant la différence des contextes dans lesquels femmes noires et femmes blanches ou femmes chrétiennes et femmes non-chrétiennes vivent le sexisme et autres pratiques discriminatoires. En l'occurrence, ces discours mettent en évidence l'influence des critiques antiracistes et post-colonialistes du droit, lesquelles sont forcément attentives aux dimensions culturelles et raciales de l'oppression et qui jouent un certain rôle au niveau de l'application de la perspective différentialiste dans la mise en œuvre des droits à l'égalité.

2.2.2 La Théorie de l'intersectionnalité

Dans cette même veine, la Théorie de l'intersectionnalité de Kimberlé Crenshaw qui relève du féminisme «culturel» ou «relationnel» nous semble tout aussi pertinente, car elle cherche à comprendre comment l'intersection de divers facteurs biologiques, sociaux et culturels tels que le sexe, la race, la classe sociale ainsi que d'autres dimensions identitaires contribuent aux inégalités systémiques qui perdurent en société. L'originalité de cette théorie réside dans le fait qu'elle reconnaît que les diverses formes d'oppressions sociales (racisme, sexisme, etc.) ne se vivent pas indépendamment les unes des autres, mais opèrent de manière interdépendante et créent par le fait même un système d'intersection des

¹¹⁷ Harris, Angela, P., «Race and Essentialism in Feminist Legal Theory», (1990) 42, Stan. L. R. 571; Smart, Carol, «The Woman of Legal Discourse», (1992) 1 Soc. & L. S., 29, p. 30

diverses formes de discrimination qui marginalisent les femmes noires et les rendent plus vulnérables au sein du système¹¹⁸.

Toutefois, cette perspective n'illustre pas comment les intersections se tissent pour créer des rapports de domination entre les hommes et les femmes et n'identifie pas d'une manière précise les mécanismes sociaux qui causent les inégalités. Préférant plutôt aborder le sujet de manière globale, abstraite et subjective avec peu d'égard sur les manières dont s'opèrent et prennent forme les rapports de pouvoir entre les hommes et les femmes ou même entre les femmes chrétiennes et non-chrétiennes de races différentes dans la vie de tous les jours.

2.2.3 L'approche communautarienne

Dans un autre ordre d'idées, l'approche communautarienne de Michael Sandel constitue une alternative au libéralisme classique de Rawls et tout particulièrement au républicanisme de Schnapper dont elle est l'antithèse. En effet, cadre théorique promouvant la tolérance à l'endroit des groupes minoritaires vivant dans les sociétés démocratiques, cette approche rejette la neutralité de l'État tout en plaidant pour la reconnaissance des particularismes ethniques et religieux dans l'espace public, car c'est par l'entremise de la communauté (relais entre l'individu et l'État) que se tisse le lien social entre les acteurs¹¹⁹. Par ailleurs, les communautariens prônent le maintien des communautés et des cultures en reconnaissant que l'individu ne peut se dissocier de sa culture¹²⁰. En l'occurrence, la reconnaissance d'abord de l'identité collective, et ensuite, de l'identité individuelle de chacun dans l'espace

¹¹⁸ Crenshaw, Kimberlé, W., «*Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color*», dans Crenshaw, Kimberlé, W., et Al, dir., *Critical Race Theory: The Key Writings that Formed the Movement*, New York, The New Press, p. 357-367. Le féminisme «culturel» ou «relationnel» soutient que les femmes résolvent les dilemmes moraux différemment des hommes en adoptant une éthique fondée sur la sollicitude et la responsabilité. Gaudreault-Desbiens, Jean-François, supra note 113, p.42

¹¹⁹ Sandel, Michael, *Public Philosophy : Essays on Morality in Politics*, Cambridge, Harvard University Press, 2005, p.43-50; Stanford Encyclopedia of Philosophy, «Communautarianism», England, Stanford, 2012, en ligne: <http://plato.stanford.edu/entries/communitarianism/> . Pour une analyse plus approfondie de l'approche communautarienne voir: Laliberté, Julie, *La liberté de religion et les intérêts de l'enfant au Canada*, Faculté de droit, Université de Montréal, Décembre 2004, p.10

¹²⁰ Sandel, Michael, supra note 119, p. 44

public, devient donc un enjeu inextricablement lié à celui des droits à l'égalité en société. Par ailleurs, cette égalité a été interprétée par Charles Taylor comme exigeant l'intervention nécessaire de l'État dans l'espace public, par le biais de la mise en œuvre de mesures d'actions positives (ou mesures d'équité), visant à corriger les inégalités de faits existant entre les groupes et les individus¹²¹.

Cette perspective comporte toutefois des limites dont les principales ont d'abord été identifiées par Alain Touraine¹²² qui affirme qu'elle comporte le danger de cristallisation d'un pouvoir communautaire (antidémocratique) susceptible d'oppresser les individus qui y font partie. Camilleri et Talboada-Leonetti en ont rajouté, en disant que cette approche risque d'essentialiser les différences ethno-religieuses et pourrait entrer en contradiction avec le concept d'identité multiple dont la reconnaissance est garante d'une identité nationale forte basée sur l'ouverture, l'intégration et l'inclusion des minorités¹²³. Dans ce contexte, il importe de se demander s'il existe une approche théorique plus englobante pouvant permettre de saisir les diverses facettes de l'égalité dans le contexte de l'expression des croyances religieuses dans l'espace public? Les perspectives que nous avons explorées jusqu'ici ne saisissent que certains aspects des droits à l'égalité tout en prônant une vision non uniforme, voire même vague du rôle de l'État quant aux revendications culturelles et religieuses dans l'espace public.

2.2.4 Le libéralisme repensé

Nous répondons par l'affirmative à cette question, car le libéralisme repensé de Kymlicka et les quatre séries de valeurs relatives aux droits à l'égalité qui ont été identifiées par

¹²¹ Taylor, Charles., *Multiculturalisme différence et démocratie*, Paris, Flammarion, 2009, p.63-64. Taylor met en garde contre le libéralisme classique qui risque de brimer les droits des minorités par son refus de reconnaître les différences et, par le fait même, les inégalités de fait qui existent entre les divers groupes vivant en société.

¹²² Touraine, Alain, *Pourrons-nous vivre ensemble? Égaux et différents?*, Paris, Fayard, 1997.

¹²³ Camilleri, Carmel «Identité et gestion de la disparité culturelle : Essai d'une typologie» dans Camilleri, Carmel et Al. dir. *Stratégies identitaires*, Paris, Presses Universitaires de France, 1990, p. 262

Sandra Fredman constituent des approches qui, à notre avis, sont très appropriées pour répondre aux pressions que subissent les droits à l'égalité dans un contexte où foisonnent les revendications des minorités religieuses. Nous allons débiter par l'examen du libéralisme repensé de Kymlicka.

Le libéralisme repensé est perçu comme étant à cheval entre la neutralité républicaine et l'approche communautarienne. En effet, c'est une perspective qui repose sur deux postulats : (1) la protection de l'autonomie individuelle (par rapport aux affiliations communautaires); et (2) le respect des valeurs et du processus démocratique¹²⁴. Elle propose donc une approche nuancée de la prise en compte des différences religieuses qui met l'accent sur la protection de «l'indépendance morale de l'individu»¹²⁵. Dans cette optique, l'individu doit avoir la possibilité de pouvoir choisir ce qu'il estime être la 'meilleure vie', tout en disposant des instruments nécessaires à la révision de ce choix¹²⁶. Toutefois, sa capacité de choisir 'sa vie' apparaît en partie dépendante de l'appartenance à sa communauté culturelle, et donc, de la viabilité de celle-ci¹²⁷. Le libéralisme repensé fait donc de la notion de «l'indépendance morale de l'individu» une composante des droits de la personne et interdit toute demande ou revendication qui serait en contradiction avec ce concept.

Dans ce même ordre d'idées, le libéralisme repensé permet de réconcilier le respect de l'individu, de sa liberté, et de ses droits avec une prise en compte des différences liées à son appartenance à des groupes divers, tout en fixant des limites à cette prise en compte. De fait, tout comme l'approche communautarienne, il rejette l'exigence de neutralité absolue imposée à l'État tout en favorisant l'égalité réelle au détriment de l'égalité formelle au niveau de la gestion de la diversité religieuse, sans toutefois rejeter la vision universaliste.

¹²⁴ Kymlicka, supra note 98, p. 120-155. C'est dans cet ouvrage que Kymlicka expose les bases du Libéralisme repensé après avoir identifié les faiblesses du Libéralisme classique

¹²⁵ *Ibid*

¹²⁶ *Ibid*

¹²⁷ *Ibid*

Le libéralisme repensé nous paraît donc être en conformité avec les préceptes de la doctrine qui suggère que les deux perspectives (universaliste/différentialiste) sont inextricablement liées dans la manière dont le système juridique conçoit l'espace réservé à la liberté de religion, ainsi que les limites pouvant lui être imposées dans le contexte des droits des minorités¹²⁸. Ainsi, dans certains cas, au niveau de la mise en œuvre des aspects positifs des droits à l'égalité, il peut être plus approprié d'avoir recours à l'approche différentialiste alors que dans les circonstances nécessitant une approche négative, la perspective universaliste peut s'avérer plus juste. Dans cette optique, ces deux perspectives représentent davantage que le simple aménagement des conditions d'intégration et d'inclusion des minorités religieuses. En fait, elles véhiculent une conception de la nation qui rend possible l'expression d'identités multiples dans l'espace public en vertu des valeurs et des préceptes culturels de tous. En outre, elles exigent qu'à l'instar de la majorité, la minorité puisse exercer ses droits, nonobstant ce qui la distingue sur le plan religieux. Des principes qui, comme nous venons de le voir sont intégrés au sein de la vision du libéralisme repensé de Kymlicka.

Au niveau des principes ou valeurs reliés au droit à l'égalité de Sandra Fredman nous en avons identifié quatre : (1) *Individual dignity and worth*; (2) *restitution*; (3) *redistribution* et (4) *democracy*¹²⁹. La première valeur se réfère au respect inhérent à la dignité de la personne humaine qui est fondamental à tous les droits civils, politiques, sociaux, économiques et culturels en particulier, les droits à l'égalité. La seconde exige la compensation d'un individu pour un préjudice ou une discrimination subie et/ou le retrait des barrières socioculturelles visant à empêcher certains groupes de s'intégrer et contribuer à la société. La troisième se réfère à la nécessité de mettre sur pied des politiques d'équité et d'action positive visant à assurer l'intégration et la pleine participation des minorités

¹²⁸ Hollis, Martin, «Is Universalism Ethnocentric?» dans Christian Joppke, et Steven Lukes (dir.) *Multicultural Questions*, Oxford University Press, 1999, p. 27

¹²⁹ Fredman, Sandra «Equality Right: A New Generation», (2001) *Ind.L.J.*, 30, 2, p. 155-157

dans les différentes structures de l'État. La quatrième valeur cherche à assurer la participation et l'implication politique de tous les citoyens y compris les minorités. Ce dernier point est d'ailleurs illustré par l'auteur en ces termes «A rich idea of equality sees equality as participation and inclusion of all groups, which in turn requires valuing difference and at times treating groups relevantly differently¹³⁰». L'examen des principes d'égalité de Fredman permet de voir qu'ils rejoignent aussi bien les préceptes du libéralisme repensé de Kymlicka, du communautarisme de Sandel, et, jusqu'à un certain point du libéralisme classique de Rawls voire même du républicanisme de Schnapper. Ce qui en fait un cadre théorique multidisciplinaire approprié pour l'analyse d'un sujet aussi complexe que le port des signes religieux en public.

Enfin, le libéralisme repensé de Kymlicka et les valeurs relatives au droit à l'égalité identifiées par Fredman nous paraissent être les modèles philosophiques les plus appropriés pour l'analyse des questions soulevées par la problématique du port des signes religieux dans l'espace public pour plusieurs raisons. Tout d'abord, le libéralisme repensé : (1) est perçu comme étant l'approche la plus apte à abaisser, voire même à réconcilier les tensions existant entre la reconnaissance du pluralisme religieux avec les valeurs démocratiques de protection de la liberté individuelle et des droits des minorités; (2) il constitue également la trame de fond des concepts opératoires tels que la neutralité de l'État et les accommodements religieux tels qu'ils s'appliquent dans certaines démocraties libérales caractérisées par l'immigration et la diversité religieuse. Enfin, (3) il met l'accent sur la justice sociale, et reconnaît que la liberté de conscience et de religion de même que le droit à l'égalité sont des droits fondamentaux au niveau de la gestion de la diversité dans une société pluraliste.

Quant à la perspective de Fredman, elle nous paraît également pertinente à notre recherche en raison des quatre facteurs suivants. Premièrement, elle conceptualise la notion d'égalité

¹³⁰ *Ibid*

davantage au niveau de son aspect réel que de son aspect formel. Deuxièmement, elle préconise la notion d'égalité aussi bien au niveau de la promotion des droits individuels que des droits collectifs. Troisièmement, elle n'exclut pas la notion du respect de la différence dans la définition et la mise en œuvre des droits à l'égalité. Quatrièmement, elle reconnaît le rôle positif que doit jouer l'appareil étatique en fonction d'une conception normative particulière dans la promotion des droits à l'égalité tant au niveau négatif (ne rien faire pour empêcher la jouissance du droit) que positif (mettre sur pied des mesures législatives, politiques et sociales pour favoriser la jouissance de ce droit). Par conséquent, l'ensemble des analyses qui seront effectuées dans le cadre de ce mémoire auront pour fondement le Libéralisme repensé de Kymlicka et les valeurs relatives au droit à l'égalité de Fredman.

Dans le prochain chapitre de ce mémoire, nous allons effectuer un survol du droit international onusien et européen dans le but de mettre en lumière dans un premier temps, les droits qui sont protégés par le droit à la liberté de religion en droit international. Dans un deuxième temps, nous essayerons de déterminer le niveau d'articulation des perspectives différentialiste / universaliste au sein des droits onusien et européen pour pouvoir mettre en exergue leurs similitudes, leurs différences mais aussi, leurs lacunes et contradictions.

Chapitre troisième

Signification, portée et limite de la liberté de religion en droit international onusien et européen

Introduction

La liberté de religion est enchâssée au sein de plusieurs instruments internationaux relatifs à la protection des droits de la personne¹³¹. Cependant, pour les fins du présent mémoire, nous allons focaliser notre examen principalement sur les articles 18 du Pacte¹³² et 9 de la Convention européenne¹³³ en raison du fait qu'ils ont eu un impact marqué sur les droits relatifs à l'expression des croyances religieuses en public en droit international.

Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a émis la plupart de ses interprétations de l'article 18 du Pacte au sein des commentaires généraux de 1993¹³⁴, l'article 9 de la Convention a par contre surtout été interprété par le biais de la jurisprudence émanant tout d'abord de la Commission européenne et plus récemment, de la Cour européenne des droits de l'homme. Nous allons donc identifier les droits qui sont protégés au sein des deux systèmes juridiques (onusien/européen) tout en essayant de déterminer quelle perspective (universaliste/différentialiste) qu'ils rejoignent ainsi que les liens possibles que leurs principes juridiques entretiennent avec les préceptes du libéralisme repensé de Kymlicka et les valeurs relatives aux droits à l'égalité contenues dans le cadre théorique de Fredman.

¹³¹ La liberté de religion est garantie au sein des instruments suivants : l'article 18 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, supra note 29; l'article 5 d) vii) de la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 21 décembre 1965, 660, R.T.N.U. 195 (1969); l'article 14 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, Rés. A.G. 44/25. Annexe; des instruments régionaux tels que : l'article 3 de la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*, 2 mai 1948, Doc. O.É. A./Ser.L/II.23, doc.21 re.6; l'article 8 de la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, 26 juin 1981, O.A.U. Doc. CAB/LEG/67/3 Rev.5.

¹³² Supra note 80

¹³³ Supra note 81

¹³⁴ Human Rights Committee, *General Comments No. 22: The Right to Freedom of Thought, Conscience and Religion*, 30/07/93, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4 par.1. Les commentaires généraux représentent non seulement une source importante de l'interprétation que fait le Comité de l'article 18 du Pacte mais ils constituent aussi les lignes directrices devant être suivies par les États-parties dans la rédaction de leurs rapports aux Nations-Unies en vertu du Pacte.

I

La liberté de religion en droit onusien et européen :

Le droit à la liberté de religion occupe une place importance autant au sein du droit onusien qui l'a enchâssé au sein du Pacte que le droit européen qui l'a inscrit au sein de la Convention européenne. Dans cette optique, il s'avère nécessaire de se demander quels sont les droits qui sont protégés par la liberté de religion au sein de ces deux instruments? Est-ce que le port des signes religieux en public en fait partie? Dans l'affirmative jusqu'à quel point? Existe-t-il des similitudes et/ou des différences entre les deux instruments internationaux au niveau de la protection accordée quant au port des signes religieux en public par les deux systèmes juridiques? Qu'en est-il des limites qui sont imposées à l'expression des croyances religieuses dans l'espace public par les dispositions des deux traités internationaux?

Tout d'abord, ce sont les articles 18 du Pacte et 9 de la Convention européenne qui enchâssent le droit à la liberté de religion dans les deux traités. Ces deux dispositions se lisent comme suit :

18. *(1) Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, par le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement.*
(2) Nul ne subira de contrainte pouvant porter atteinte à sa liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix.
(3) La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui.
(4) Les États-parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents, et, le cas échéant, des tuteurs légaux, de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions

et

9. *1. Toute personne droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en*

public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.

2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet de d'autres restrictions que celles qui prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui¹³⁵.

À première vue, il est aisé de voir que ces articles sont rédigés en des termes très généraux qui visent à garantir de façon non équivoque autant «la liberté de conscience» que les libertés «de croyance» et de «religion» sans toutefois définir cette dernière. L'inclusion d'une définition précise du terme «religion» au sein des deux traités aurait été une entreprise à la fois périlleuse et utile dans la mesure où elle aurait eu un double effet, d'une part, exclure certaines religions ou croyances et, d'autre part, mieux cerner les pratiques que la religion implique parce qu'il y aurait des critères visant à établir sa validité.

Cependant, l'absence de critères légaux visant à établir ce qu'est une «religion» ne comporte que des avantages, car elle permet aux tribunaux de procéder uniquement à l'identification de la religion dont se réclame le justiciable sans perdre de temps à examiner la conformité de la religion en cause aux critères rigides d'une définition préétablie. De plus, la détermination et l'application des tests relatifs à la reconnaissance légale d'une religion pourraient s'avérer un exercice fastidieux pouvant conduire à l'exclusion de certains groupes religieux qui ne répondraient pas à tous les éléments des tests. C'est donc dans une perspective d'inclusion que les rédacteurs de ces deux traités ont évité de définir

¹³⁵ [Note] *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* reprend dans le contenu de son article 10 la liberté de religion garantie par l'article 9 de la Convention européenne tout en omettant les restrictions relatives à son application et en y introduisant le droit à l'objection de conscience. *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 2000/C364/01 en ligne : http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_fr.pdf. La doctrine stipule également que les rédacteurs de l'article 9 de la Convention européenne ne cherchaient pas seulement à protéger la liberté de religion en adoptant cette disposition, mais aussi, ils voulaient accorder à la religion chrétienne un rôle au niveau du développement des droits humains en Europe. Un constat qui à notre avis, fait ressortir encore une fois le rôle de la notion du «privilege chrétien» dans le développement du droit européen. Evans, Carolyn, *Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 39

la notion de « religion »¹³⁶. Quels sont donc les droits qui sont garantis par ces dispositions? Et quelles sont leurs portées et leurs limites?

1.1 Signification et portée des notions de «*Forum internum*» et de «*Forum externum*» en matière de liberté religieuse en droit onusien et européen

Quant aux droits garantis, les deux dispositions cherchent à protéger d'abord et avant tout la sphère des convictions personnelles et religieuses qui est communément appelée le «*forum internum*»¹³⁷. Ce concept se réfère à la liberté de pensée, de conscience et de religion bref, aux «convictions intimes» des individus et qui, en tant que telles sont inviolables. En effet, en ce qui a trait au Pacte, le Comité des droits de l'homme de l'ONU a affirmé dans ses commentaires généraux¹³⁸ que les libertés contenues à l'article 18 sont des droits indissociables qui ne peuvent faire l'objet d'aucune dérogation de la part des États-parties et ce, même en situation d'urgence nationale¹³⁹. Il en va de même pour l'article 9 de la Convention européenne qui, bien que rédigé en des termes plus succincts et moins détaillés, enchâsse également le «forum internum» au sein de ses dispositions, tout en garantissant dans son premier paragraphe le caractère non-dérogeable des convictions religieuses. Par ailleurs, la Convention européenne stipule également que les individus sont

¹³⁶ [Note] Il convient de noter que la communauté internationale a utilisé la même stratégie dans les négociations ayant mené à l'élaboration de la *Convention internationale sur les droits des personnes handicapées*. Elle s'est abstenue de définir le terme 'personne handicapée' parce qu'elle voulait faire preuve d'inclusion tout en laissant une certaine marge de manœuvre aux États-parties. Pour plus de détails voir : <http://www2.ohchr.org/english/law/disabilities-convention.htm>. En ce qui a trait à notre problématique, la doctrine suggère que le mot "religion" vient de *religare*, verbe latin qui signifie *relier*. Il est communément, mais pas toujours associé aux croyances religieuses minoritaires ou majoritaires en une ou plusieurs divinités transcendantes. Human Rights Library, *Guide d'étude : Liberté de religion ou de conviction*, Minnesota, University of Minnesota, 2003, p. 1

¹³⁷ Evans, Malcolm, D., *Manuel sur le port des signes religieux dans les lieux publics*, Strasbourg, Éditions Conseil de l'Europe, 2009, p. 8

¹³⁸ Human Rights Committee, *General Comments No. 22* *Supra* note 134, § 1

¹³⁹ [Note] L'article 18 fait partie des droits non-dérogeables du Pacte en situation de conflits ou d'urgence nationale qui sont enchâssés au sein des dispositions de l'article 4 (4) du Pacte. Cependant, cette réalité crée une situation juridique pour le moins ambiguë, voire même contradictoire, car pendant que la liberté de religion est en soi un droit qui ne peut faire l'objet de dérogation, la liberté de manifester librement sa religion et ses croyances ne l'est pas.

libres d'adhérer aux convictions, croyances et religions de leurs choix, sans qu'ils soient sujets à des pressions ou influences indues de la part des États-parties¹⁴⁰.

Dans le contexte du «forum internum», la Convention européenne et le Pacte reconnaissent une portée très large aux notions de «religion» et de «croyance» et affirment qu'elles ne s'appliquent pas seulement aux religions et croyances traditionnelles (christianisme et judaïsme) ou institutionnalisées, mais aussi aux religions et croyances émanant des minorités religieuses (l'islam, le sikhisme, l'hindouisme)¹⁴¹ qui peuvent être sujettes à de l'hostilité, de la coercition ou même à la discrimination de la part de la majorité. Dans le cas du Pacte, cette perspective illustre la symbiose existant entre la liberté de religion et les droits à l'égalité qui se trouvent au sein des articles 26 et 27 de ce traité¹⁴². Du côté de la Convention, la même observation peut être émise pour illustrer la concomitance existant entre les articles 9 et 14 du même traité. Par ailleurs, les deux dispositions préconisent la non-intervention de l'État dans les affaires des confessions religieuses, y compris le respect de leurs droits et de leurs structures internes (le principe de la neutralité étatique).

¹⁴⁰ La raison justifiant cette position réside dans la décision de la Cour européenne dans l'affaire *Kosteski c. l'ex-République yougoslave de la Macédoine* où elle a mentionné que «la notion de l'État portant un jugement sur les convictions intérieures et personnelles d'un citoyen est horriante et susceptible de rappeler de façon regrettable les infâmes persécutions du passé». *Kosteski c. l'ex-république yougoslave de la Macédoine*, no. 55170/00, § 39, 13 avril 2006

¹⁴¹ [Note] il est important de noter que l'athéisme et le pacifisme sont également considérés comme des formes de croyance. Dans l'affaire *Arrowsmith c. Royaume-Uni*, no. 7050/77, rapport de la Commission du 12 octobre 1978, Décisions et rapports 19, p.5, § 69 la Cour a reconnu que le pacifisme rentre dans le domaine d'application du droit à la liberté de pensée et de conscience.

¹⁴² *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, supra note 80 art. 26 et 27. Le contenu de l'article 26 du Pacte se lit comme suit «Toutes personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. À cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, 'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation». Les dispositions de l'article 27 pour leur part sont rédigées en ces termes : «Dans les États ou il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion ou d'employer leur propre langue». En fait, selon la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, le droit à l'égalité est un corollaire du droit à la liberté de religion. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, *Document de réflexion : La Charte et la prise en compte de la religion dans l'espace public*, Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, 2008, p.51

Également, elles cherchent à promouvoir le pluralisme religieux qui exige de l'État le respect de toutes les croyances religieuses¹⁴³. À la lumière de ces analyses, il nous est aisé de dire qu'autant le Pacte que la Convention européenne épousent les principes de la perspective différentialiste, parce qu'ils cherchent non seulement à garantir les droits des minorités religieuses non chrétiennes, mais, ils visent également à les protéger contre les mesures coercitives pouvant provenir de la majorité chrétienne.

Dans cette même logique, selon la doctrine, le «*Forum internum*» garantit aux justiciables le droit de changer de religion ou de conviction, lequel droit découle naturellement de la liberté inaliénable de pensée, de conscience et de religion qui se trouve au sein du Pacte et de la Convention européenne¹⁴⁴. Par ailleurs, avant de déterminer qu'un acte tombe dans le champ du «*Forum internum*», il est nécessaire de déterminer si cet acte est prescrit par le culte, l'enseignement, les pratiques ou pour l'accomplissement des rites. Au niveau de la Convention européenne, la Cour européenne des droits de l'homme a soutenu dans l'affaire *Arrowsmith* que la notion de «conviction» telle qu'elle s'applique au «forum internum» se réfère à des vues atteignant un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance¹⁴⁵. Dans cette optique, des convictions telles que le pacifisme, l'athéisme ou l'opposition à l'avortement font partie du «*forum internum*» au même titre que celles émanant de toutes les religions. Les mêmes principes transparaissent des propos du Comité des droits de l'homme au regard des croyances et convictions religieuses relatives à l'article 18 du Pacte.

¹⁴³ Alland, Denis, Rials, Stéphane, «Église et État en Europe» dans *Dictionnaire de la culture juridique*, supra note 62, p. 599

¹⁴⁴ Evans, Malcolm, supra note 137, p. 9-10. Il s'avère important de noter que ce ne sont pas toutes les formes de croyance et de conviction qui rentrent dans la sphère du «*forum internum*». En effet, les convictions et croyances qui sont incompatibles avec les valeurs de la Convention européenne ne peuvent faire partie du «*forum internum*» comme l'a statué la Cour dans les affaires *Norwood c. Royaume-Uni* (déc.) no. 23131/03 CEDH 2004-XI et *Pretty c. Royaume-Uni*, no. 2346/02, CEDH 2002-III

¹⁴⁵ *Arrowsmith c. Royaume Uni*, supra note 141, § 69

Au vu de ce qui précède, nous pouvons dire que le «forum internum» peut être associé à la «perspective universaliste» des droits à l'égalité car il reconnaît un droit à la liberté de religion pour tous sans tenir compte des différences ou des distinctions tout en imposant aux États l'obligation stricte de ne pas interférer avec les croyances et les convictions des individus vivant sur son territoire. Par conséquent, il n'est pas exagéré d'affirmer que la notion du «*forum internum*» s'apparente aussi aux principes de «l'autonomie individuelle» et de «l'indépendance morale de l'individu» du libéralisme repensé de Kymlicka dans la mesure où il permet à tout être humain de choisir ce qu'il estime être 'la meilleure vie' y compris ses croyances religieuses ou son refus de croire à une religion. Également, nous sommes d'avis que le concept de «*forum internum*» rejoint la valeur relative au droit à l'égalité que Fredman appelle '*Individual dignity and worth*' qui vise à garantir le respect de la dignité inhérente à la personne humaine qui se cristallise et se vit aux niveaux des croyances et convictions religieuses qui constituent une part importante de l'identité de tout individu.

Dans cette même optique, les convictions religieuses relatives au «forum internum» s'expriment ou se vivent dans la réalité par le biais de la notion du «forum externum», qui se réfère à la liberté de manifester ou même d'afficher publiquement sa religion par le port de signes religieux dans l'espace public ainsi que la participation à des activités et des rassemblements religieux¹⁴⁶. Cette notion introduit une dimension sociale à toute pratique religieuse, laquelle implique que ceux qui ont une certaine croyance puissent s'organiser pour la pratiquer ouvertement, vivre en fonction de ses injonctions, et la manifester. Dans le cas qui nous intéresse, il importe de se demander comment la notion du «forum externum» s'insère-t-elle au sein des articles 18 du Pacte et 9 de la Convention?

Bien que les deux articles qui nous préoccupent ne fassent pas explicitement mention de la question du port des signes religieux en public, il serait erroné de croire qu'ils ne protègent

¹⁴⁶ Evans, Malcolm, supra note 137, p.9

pas ce droit. Dans le cas de l'article 18 du Pacte, les Commentaires généraux du Comité des droits de l'homme laissent sous-entendre que cette disposition permet à tout individu de manifester ouvertement ses croyances ou sa religion de façon individuelle ou collective, en public ou en privé¹⁴⁷. De fait, le Comité stipule que la liberté de religion contenue à l'article 18 du Pacte est un droit qui comprend l'érection de lieux de culte, l'usage de rituels ou d'objets sacrés, la démonstration, l'exposition et le port de signes et symboles religieux en public ainsi que le respect des journées de repos et des fêtes religieuses¹⁴⁸. Cette disposition va encore plus loin en reconnaissant les coutumes religieuses, telles que le respect des régimes alimentaires, le port de vêtements distinctifs, la participation à certains rituels liés aux différents stages de la vie et l'usage de langages communément utilisés au sein du groupe religieux¹⁴⁹. Elle reconnaît également aux différents groupes religieux le droit de gérer leurs propres affaires religieuses tels que le droit de choisir leurs leaders religieux, leurs prêtres, leurs enseignants, de créer des séminaires et des écoles ainsi que la liberté de pouvoir préparer et distribuer des textes et des publications à caractère religieux¹⁵⁰.

La doctrine relative à l'article 9 de la Convention européenne suggère qu'il reconnaît les mêmes droits que l'article 18 du Pacte en ce qui a trait aux pratiques et expressions de la liberté de religion. Par ailleurs, la question du port des signes religieux tomberait dans la catégorie des «pratiques» et des «rites religieux» qui comporte deux options pour tout justiciable qui revendique son droit en vertu de cette disposition : le premier consiste à

¹⁴⁷ [Note] Human Rights Committee, *General Comments No. 22*, supra note 134, § 6. Il convient de mentionner que ce ne sont pas toutes les pratiques religieuses qui tombent sous l'égide de l'article 18 du Pacte, car, dans l'affaire *MAB, WAT et J-AYT c. Canada*, Communication no. 570/1993, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/570/1993, le Comité a affirmé qu'un groupe religieux qui avait pour pratique de s'adonner à la vente et à la distribution du *Cannabis Sativa*, ne pouvait pas invoquer les droits garantis par l'article 18 du Pacte pour justifier son comportement.

¹⁴⁸ Human Rights Committee, *General Comments No. 22*, supra note 134, § 1

¹⁴⁹ [Note] Ces principes trouvent écho au sein de la *Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination basées sur la religion et la croyance*, adoptée le 25 novembre 1981 dont l'article 6 reconnaît explicitement que le droit à la liberté de religion comprend le droit d'acquérir et d'utiliser dans la mesure du possible les articles nécessaires aux rites, coutumes et traditions religieuses. En ligne: <http://irla.org/index.php?id=298>

¹⁵⁰ Human Rights Committee, *General Comments No. 22*, supra note 134, § 6

invoquer la violation du droit à la liberté de religion et de croyance en vertu du paragraphe 9(1); le second autorise le justiciable à intenter une action judiciaire en raison de la restriction non-justifiée de l'État du droit de manifester sa religion en vertu du paragraphe 9(2). Ces considérations nous permettent d'affirmer que le «forum externum» relève de la perspective différentialiste et du libéralisme repensé de Kymlicka qui encouragent le respect de la manifestation des différences en public, y compris la diversité religieuse sur une base d'égalité et de respect du principe de tolérance et d'ouverture. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'il n'est pas un droit inaliénable et peut faire l'objet de restrictions conformément aux paragraphes 9 § 2 de la Convention et 18 § 3 du Pacte. Ces restrictions seront d'ailleurs analysées un peu plus loin, car l'examen des manifestations publiques des croyances religieuses nous amène obligatoirement à considérer jusqu'à quel point les articles 18 du Pacte et 9 de la Convention protègent les droits individuels et les droits collectifs dans les paragraphes qui suivent.

1.2 La portée des articles 18 du Pacte et 9 de la Convention européenne quant aux droits individuels et collectifs dans le contexte de la liberté de religion

Au niveau du Pacte, bien que le contenu de l'article 18 ne fasse pas mention explicite de la reconnaissance des droits individuels et collectifs, les Commentaires généraux du Comité font cependant état du fait que le droit à la liberté de religion consacré à l'article 18 du Pacte garantit à tout individu le droit de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun [...] par le culte et l'accomplissement des rites, des pratiques et de l'enseignement¹⁵¹. Ces principes ont d'ailleurs été réitérés dans la jurisprudence du Comité des droits de l'homme que nous examinerons un peu plus loin.

En ce qui a trait à l'article 9 de la Convention, la lecture de son contenu révèle qu'il reconnaît expressément que le droit à la liberté de religion peut être exercé

¹⁵¹ Human Rights Committee, *General Comments No. 22*, supra note 134, § 4

«collectivement», à la fois «en public ou en privé» au même titre que le Pacte. Cependant, alors que la jurisprudence de la Commission européenne avait pris au départ une perspective individualiste au niveau de l'exercice de la liberté de religion, elle a changé d'opinion au fil du temps¹⁵². En effet, dans l'affaire *X et l'Église de scientologie c. Suède*¹⁵³ la Commission a ouvert la voie à la portée collective des droits protégés au sein de l'article 9 lorsqu'elle a reconnu que les organisations religieuses pouvaient endosser les plaintes de leurs fidèles pour *ester en justice* en leur nom. Plus tard, dans l'affaire *Église métropolitaine de Bessarabie et Autres c. Moldova*¹⁵⁴, la Commission a éliminé toute ambiguïté quant à la portée collective de l'article 9 en stipulant que la dimension collective de la liberté de religion est indispensable au maintien du pluralisme religieux dans une société démocratique.

Ces analyses nous amènent à dire que les articles 9 de la Convention et 18 du Pacte reconnaissent une protection très étendue aux droits individuels et collectifs dans le contexte de la liberté de religion. Cependant, ces droits (individuels et collectifs) ne sont pas absolus et sont assortis de conditions relativement strictes quant à leur mise en application et à leur observance. Ce sont justement les restrictions relatives aux articles 9 de la Convention européenne et 18 du Pacte que nous allons examiner dans la prochaine sous-section de ce mémoire.

¹⁵² Evans, Malcolm, supra note 137, p. 33

¹⁵³ *X et l'Église de scientologie c. Suède*, no. 7805/77, décision de la Commission européenne des droits de l'homme, 5 mai 1979, Décisions et rapports 16, p.68

¹⁵⁴ *Église métropolitaine de Bessarabie et Autres c. Moldova*, no. 45701/99, § 118, CEDH 2001-XII

II

Les restrictions relatives aux articles 9 de la Convention européenne et 18 du Pacte

S'agissant du Pacte, le Comité est d'avis qu'il convient d'adopter une approche restrictive quant à l'interprétation de l'article 18 alinéa (3) qui établit les limites relatives à l'expression des croyances religieuses. En conséquence, aucune limitation ne peut être imposée à l'exercice des libertés religieuses en vertu du Pacte si elle n'est pas «prescrite par une loi», si elle n'est pas «nécessaire à la protection de la sécurité publique», de «l'ordre», de «la morale», de «la santé» ou «des droits et libertés des autres». À ces critères s'ajoute l'article 20 du Pacte qui mentionne qu'aucune manifestation de la liberté de religion ne doit conduire à la propagande en faveur de la guerre, de la violence ou de la haine, de la discrimination raciale ou de l'incitation à de tels actes¹⁵⁵.

Le paragraphe (2) de l'article 9 de la Convention européenne contient sensiblement les mêmes éléments. Ainsi, le critère «prévu par la loi» se réfère au fait que si l'État veut restreindre les pratiques religieuses de ses nationaux, il doit le faire en vertu de lois internes valides, suffisamment claires et accessibles aux individus concernés¹⁵⁶. De plus, la loi en question doit être rédigée avec assez de précisions pour permettre au citoyen de pouvoir régler sa conduite en fonction de celle-ci¹⁵⁷. L'énoncé «mesures nécessaires dans une

¹⁵⁵ *General Comments*, supra note 134, § 10. Le contenu de l'article 20 du Pacte se lit comme suit : 20 (1) «Toute propagande en faveur de la guerre est interdite par la loi»; 20(2) «Tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence est interdite par la loi». *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, supra note 80, art. 20

¹⁵⁶ *Poltoratsky c. Ukraine*, (2003), 89 C.E.D.H. (Sér. A) 128. Dans cette affaire, la Cour européenne a décidé qu'un mémoire interne d'instruction envoyé par le Ministère de la justice, le Procureur général et la Cour suprême de l'État d'Ukraine qui interdisait à un prisonnier son droit d'accès à un prêtre ne répondait pas au terme «prévu par la loi» parce que c'était un document interne, non publié qui n'était pas accessible au public. Par la suite, dans l'affaire *Hasan et Chaush c. Bulgarie*, (2000), 84, C.E.D.H. (Sér. A) 117 la Cour a décidé qu'une loi exigeant l'enregistrement de groupes religieux auprès des autorités étatiques était incompatible aux exigences du terme «prévu par la loi» parce qu'elle manquait de clarté et de prévisibilité. La Cour est arrivée à la même conclusion dans l'affaire *Dmitrijevs c. Latvia* (2006), 30 C.E.D.H. 155

¹⁵⁷ *Sunday Times c. Royaume Uni* (no.1) arrêt du 26 avril 1979, série A no. 30, § 49; *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie*, précité § 84. L'arrêt *Hassan* est la première cause où il fut décidé qu'une restriction n'était pas «prévue par la loi», car la loi qui faisait l'objet du litige n'énonçait aucun critère matériel pour l'enregistrement [par les autorités] de confessions et de changements à leur tête. Il n'existe donc aucune

société démocratique» n'existe pas dans le Pacte. Cependant au niveau de la Convention, il mérite une analyse plus approfondie parce qu'il établit une distinction significative entre le Pacte et la Convention européenne.

Dans cette même logique, dans l'affaire *X et l'Église de scientologie c. Suède*¹⁵⁸ la Commission européenne a déclaré que le critère de «nécessité des mesures dans une société démocratique» ne saurait être appliqué en termes absolus mais exige que divers facteurs soient appréciés. Ces facteurs sont notamment : (1) la nature du droit en cause; (2) le degré d'ingérence de l'autorité étatique (était-il proportionné au but légitime poursuivi?); (3) la nature de l'intérêt public et (4) la mesure dans laquelle il demande à être protégé. Ces critères visent à aider la Cour à balancer les intérêts de l'État par rapport aux droits de l'individu tout en ayant à l'esprit qu'il appartient au premier de protéger les droits fondamentaux du second.

Par ailleurs, la doctrine affirme que la Cour européenne part de l'idée que certaines manifestations de la religion, tout en se réclamant du pluralisme religieux, peuvent en fait paradoxalement aboutir à le réduire, par exemple en intimidant les autres religions¹⁵⁹. Les limitations imposées à la liberté de religion de certains peuvent, dans certains cas, contribuer à augmenter la liberté des autres et c'est précisément cette constante recherche d'équilibre entre les droits fondamentaux de chacun qui constitue le fondement de l'énoncé «nécessaire dans une société démocratique».

Ces constats nous amènent à dire que les restrictions relatives aux deux dispositions et en particulier, l'énoncé «nécessaire dans une société démocratique» s'apparentent aux principes relatifs à la justice sociale du libéralisme repensé de Kymlicka ainsi qu'à la valeur

garantie procédurale [...] contre un exercice arbitraire du pouvoir d'appréciation accordé à l'exécutif. La Cour européenne est arrivée à une conclusion similaire dans l'affaire *Kuznetsov c. Russie*, no. 184/02 § 74, 11 janvier 2007

¹⁵⁸ *X et l'Église de scientologie c. Suède*, supra note 153

¹⁵⁹ *Baspinar c. Turquie*, (2003) 45631/99, 36 Rap. D.H.Eur. CD1

liée au ‘Individual dignity and worth’ de Fredman parce qu’elles reconnaissent que la liberté de religion et les droits à l’égalité sont d’une grande importance dans la gestion de la diversité religieuse dans les sociétés pluralistes. De plus, elles nécessitent la prise en compte de plusieurs considérations et l’équilibrage de divers intérêts sociaux dans le but de promouvoir la justice, l’égalité et l’équité. Cependant, et comme nous le verrons plus loin, cette recherche d’équilibre de la Cour européenne n’a pas toujours atteint les résultats visant la justice sociale pour tous.

Dans la même veine, cette Cour reconnaît un grand pouvoir discrétionnaire aux États-parties au niveau de l’application concrète des droits de la Convention européenne qui n’existe pas en ce qui a trait au Pacte. Cette affirmation se concrétise dans la réalité par le fait que la Cour peut constater une ingérence de l’État dans le droit d’un justiciable de manifester sa religion et ne pas la sanctionner en vertu du principe de la «marge nationale d’appréciation» que nous allons examiner un peu plus en détail dans la prochaine section de l’analyse.

III

La doctrine de la Marge nationale d'appréciation dans le contexte de l'article 9 de la Convention européenne : origine, fondements, portée et limites en droit européen

La marge nationale est une doctrine que les instances européennes ont introduite au sein du droit européen mais que les institutions judiciaires de l'ONU n'ont pas suivi en raison des nombreuses critiques qu'elle soulève sur la scène internationale. Pourquoi alors les juges européens ont-ils décidé de la garder au sein du droit européen quand elle ne fait pas l'unanimité au sein du droit international public dans son ensemble? C'est ce que nous allons tenter de déterminer au sein de cette partie de l'analyse par le biais de l'examen de sa signification, de sa portée et de son impact dans les décisions des instances judiciaires européennes.

Tout d'abord, pour le professeur Eyal Benvenisti la marge nationale d'appréciation:

[...] is based on the notion that each society is entitled to certain latitude in resolving the inherent conflicts between individual rights and national interests or among different moral convictions¹⁶⁰.

Le Conseil de l'Europe est venu compléter cette définition en ajoutant que '*The margin of appreciation*' refers to the space for manoeuvre that the Strasbourg organs are willing to grant to national authorities, in fulfilling their obligations under the European Convention on Human Rights¹⁶¹. Par ailleurs, la doctrine attribue son origine à la jurisprudence du Conseil d'État de la France ainsi qu'au système de droit administratif des juridictions de droit civil¹⁶². De plus, étant donné que les fondements juridiques de cette doctrine ont été élaborés par la jurisprudence, nous allons donc avoir recours à cette méthode pour pouvoir les identifier et les expliquer.

¹⁶⁰ Benvenisti, Eyal, «Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards» (1999) 31 Int. L. & Pol., p. 843-844

¹⁶¹ Council of Europe, *The Margin of Appreciation*, Europe, The Council of Europe, 2008 en ligne: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp

¹⁶² Bakircioglu, Onder, «The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases » (2007) 8, G.L.J., 7, p.711

La doctrine de la «marge nationale d'appréciation» a été développée dans l'arrêt *Handyside c. Royaume Uni*¹⁶³ où sa pertinence a été justifiée en ces termes :

«Grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences comme sur la 'nécessité' d'une 'restriction' ou 'sanction' destinée à y répondre »

Plus tard, dans la décision *Kervanci c. France* la Cour a accentué davantage l'importance de la marge nationale d'appréciation en établissant implicitement son lien avec la souveraineté des États :

*«La Cour rappelle avoir jugé qu'il incombait aux autorités nationales, dans le cadre de la marge d'appréciation dont elles jouissent, de veiller avec une grande vigilance à ce que, dans le respect du pluralisme et de la liberté d'autrui, la manifestation par les élèves de leurs croyances religieuses à l'intérieur des établissements scolaires ne se transforme pas en un acte ostentatoire, qui constituerait une source de pression et d'exclusion »*¹⁶⁴

Selon ces propos, la marge nationale d'appréciation va de pair avec un contrôle européen et peut varier en fonction des droits et des intérêts en jeu et qu'il appartient à la Cour elle-même de pouvoir juger et décider¹⁶⁵. La pertinence de cette doctrine réside dans le fait qu'elle vise à gérer les rapports entre l'État et les justiciables dans le domaine religieux où il n'existe aucune uniformisation au sein du droit européen¹⁶⁶. Dans ce contexte, elle ne s'applique pas dans l'interprétation de la Convention européenne mais au niveau de son

¹⁶³ *Handyside c. Royaume Uni* (1976), 24 C.E.D.H. (Sér. A). Dans cet arrêt qui concernait la perquisition d'une maison d'édition pour «publication obscène». Le propriétaire avait porté sa cause devant la Cour européenne qui a donné raison à l'État sur la base de la «marge nationale d'appréciation».

¹⁶⁴ *Kervanci c. France* (4 décembre 2008), Requête n° 31645/04

¹⁶⁵ [Note] la doctrine suggère que dans certains domaines, la Cour a décidé de reconnaître à l'État une faible marge d'appréciation ou de ne lui en accorder aucune dans d'autres. C'est le cas des questions pour lesquelles la Cour considère qu'il doit y avoir un consensus «pan-européen». Evans, Malcolm, supra note 137, p.21

¹⁶⁶ *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, arrêt du 20 septembre 1994, (Ser. A), no. 295-A, § 47. La Cour a constaté dans cet arrêt qu'il existe des divergences considérables au sein des pays européens dans la manière dont ils interprètent le port des signes religieux en public. En l'occurrence, la marge d'appréciation est nécessaire pour palier à ce manque de consensus. Du coup, la Cour établit la raison pour laquelle cette doctrine est importante en droit européen.

application. De plus, elle exige que la Cour retienne plein pouvoir au niveau de l'interprétation de la signification des dispositions de la Convention européenne, alors qu'au niveau de l'évaluation d'une violation de cette dernière, elle procure aux États-parties une certaine discrétion dans la caractérisation des faits.

Cette logique fait en sorte que «la marge nationale d'appréciation» dans le contexte religieux, favorise les États-parties au niveau de l'application de l'article 9 (2) de la Convention européenne dans les litiges en raison du grand pouvoir discrétionnaire qu'elle leur accorde en ce qui a trait à la gestion du fait religieux au sein de leurs territoires. Ainsi, dans l'affaire *Leyla Şahin c. Turquie*¹⁶⁷ qui concernait la contestation par une étudiante d'une loi qui interdisait le port du foulard islamique dans les universités et autres institutions de haut-savoir en Turquie, la Cour a stipulé que :

«Lorsque se trouvent en jeu des questions sur les rapports entre l'État et les religions, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans une société démocratique il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national»

Ces propos de la Cour ont amené certains auteurs à dire que la doctrine a pour but d'établir des seuils visant à pallier au manque de consensus du droit européen en rapport à la liberté de religion, de respecter la souveraineté des États-parties tout en excluant l'application de la hiérarchie des normes¹⁶⁸. Dans ce contexte, le degré de liberté reconnu par la Cour européenne est fonction du niveau de proximité des pratiques étatiques en matière religieuse. En conséquence, plus les pratiques étatiques sont proches, moins la marge nationale d'appréciation des États-parties est grande; à *contrario*, moins elles sont proches plus la marge d'appréciation des États-parties est restreinte. De plus, le professeur Benvenisti résume bien un des rôles de la marge d'appréciation en ces termes:

«The margin of appreciation gives the flexibility needed to avoid damaging confrontations between the Court and Contracting States over their respective sphere

¹⁶⁷ *Leyla Şahin c. Turquie* [GC], no 44774/98, § 109, CEDH, 2005-XI

¹⁶⁸ Delmas-Marty, Mireille, *Critique de l'intégration normative : l'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, Paris, Presses Universitaires de France, 2004, p.19

of authority and enables the Court to balance the sovereignty of Contracting Parties with their obligations under the Convention¹⁶⁹»

Ainsi, la doctrine de la marge d'appréciation serait donc une sorte de compromis qui permettrait à la Cour de garder le statu quo face aux États-parties quant aux façons dont ils appliquent la Convention sur leur territoire dans le but d'éviter une confrontation avec ces derniers quant à leurs obligations juridiques. À notre avis, cette justification est une entorse à l'impartialité de la Cour européenne, qui, en tant qu'instance internationale se doit d'appliquer la Convention européenne de façon neutre, juste et équitable de manière à garantir justice et égalité pour tous sans égards aux considérations liées aux États-parties. De plus, le «statu quo» adopté par la Cour dans l'application de la marge nationale d'appréciation, ne fait que maintenir certaines pratiques étatiques qui ne sont pas nécessairement en conformité avec la promotion des droits de la personne comme nous le verrons plus loin.

Néanmoins, la marge nationale d'appréciation ne donne pas aux États-parties un pouvoir d'appréciation absolu pour déterminer si une restriction est proportionnée au but légitime poursuivi. En effet, la doctrine a suggéré que même si l'État jouit d'une certaine marge d'appréciation, celle-ci ne doit pas dépasser un certain point, car non seulement l'évaluation nationale est soumise à l'examen européen afin de garantir qu'elle satisfasse aux exigences de proportionnalité liés aux circonstances de l'affaire, mais il appartient toujours à la Cour de restreindre cette marge si un consensus plus général sur la relation entre l'État et la manifestation du fait religieux devait se dégager. Ce dernier point démontre la complexité de la marge d'appréciation car il renvoie encore une fois à cette recherche d'un consensus sans lequel il est impossible d'établir un équilibre au niveau de la relation existant entre individu et État dans une perspective plus neutre. Dans cette optique, la marge nationale d'appréciation a fait l'objet de nombreuses critiques qu'il s'avère nécessaire d'examiner dans le cadre de ce mémoire.

¹⁶⁹ Benvenisti, Eyal, «Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards» supra note 160, p.846

La doctrine a reconnu à maintes reprises les problèmes liés à l'application de la marge nationale d'appréciation. Tout d'abord, quant à l'argument relatif au consensus européen, la Rapporteuse spéciale sur la liberté de religion ou de conviction a signalé que l'application de la marge d'appréciation ne devrait pas ignorer ou même remettre en question le consensus international quant au caractère universel des droits de la personne dont relève la Convention européenne¹⁷⁰. De plus, certains auteurs affirment que la marge d'appréciation est paradoxale parce qu'elle induit des effets de distorsion asymétriques entre différents États-parties de la Convention européenne. Dans cette optique, elle fait en sorte que les obligations de chaque État-partie en vertu de la Convention européenne sont jugées en fonction de ces caractéristiques spécifiques (tradition, idéologie, culture etc.). Cette réalité ouvre alors la porte à une jurisprudence à géométrie variable qui fait grandement varier l'attitude de la Cour à l'égard des questions relevant de la liberté de religion¹⁷¹. Par conséquent, les décisions de la Cour européenne en vertu de l'article 9 (2) doivent être traitées avec prudence, car ce n'est pas parce qu'une restriction sur le port d'un signe religieux a été confirmée dans une affaire qu'une restriction similaire le sera dans une autre, car le contexte relatif à chaque affaire peut être très différent¹⁷².

Également, l'approche basée sur le respect de la spécificité et du contexte national des États-parties que commande la marge d'appréciation peut faire en sorte que les justiciables ne seront jamais tout à fait égaux face aux droits garantis par la Convention européenne. Il en résulte alors une situation où l'universalité des valeurs relatives à la mise en œuvre de la Convention européenne perd un peu de son sens, parce que l'État dispose d'une marge d'appréciation si grande que le juge international prend rarement une décision qui va à l'encontre de ce pouvoir ou qui la restreint parce que la réalité spécifique de l'État prime

¹⁷⁰ Rapporteur spécial sur la liberté de religion ou de conviction, *Rapport à la soixante-deuxième session de la Commission des droits de l'homme*, Doc. NU E/CN.4/2006/5, § 59

¹⁷¹ Megret, Frédéric, supra note 91, à la p. 288

¹⁷² Evans, Malcolm, supra note 137 à la p.22. Par ailleurs, l'application de la marge d'appréciation ne fait pas l'unanimité car elle a soulevé des débats houleux parmi les membres de la Cour au sein de l'arrêt (*Jewish Liturgical Association v. Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*, 274117/95

sur les droits protégés par la Convention européenne. Cette réalité pourrait porter atteinte non seulement aux principes du droit européen en matière de droits humains mais aussi remettre en question l'autorité des instances internationales qui sont responsables de les développer¹⁷³. Ces constatations se traduisent dans la réalité par une jurisprudence qui démontre une forte tendance en faveur des États-parties et qui favorise l'expression d'un pluralisme des modes de gestion du fait religieux en Europe qui repose principalement sur la perspective des États au détriment de la Convention européenne et fait piétiner l'avancement des droits de la personne. C'est d'ailleurs de cette jurisprudence dont il sera question dans la prochaine section de notre analyse de la problématique.

¹⁷³ Benvenisti, Eyal, «Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards», supra note 160, p. 844

Chapitre quatrième

La jurisprudence des systèmes de droit onusien et européen en rapport au port des signes religieux dans l'espace public

Introduction

La jurisprudence émanant des deux systèmes de droit ne cherche pas à imposer une perspective unique des normes internationales, mais essaie plutôt d'établir des principes qui seraient compatibles avec le pluralisme juridique propre à la communauté internationale, et conforme aux obligations internationales auxquelles les États se sont engagés en vertu du Pacte et de la Convention européenne. Dans ce contexte, les systèmes juridiques européen et onusien de protection des droits de la personne comportent certaines similitudes mais aussi des différences plus ou moins importantes. En effet, pendant qu'ils ne reconnaissent pas explicitement des notions telles que «l'accommodement raisonnable»¹⁷⁴ et «la contrainte excessive», la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies [ci-après le Comité] semble cependant être plus favorable à de tels principes que celle de la Cour européenne. En effet, la jurisprudence à géométrie variable de cette dernière lui permet, à l'intérieur d'une marge de compatibilité, de tolérer en même temps des pratiques conformes et contraires à l'idée d'accommodement¹⁷⁵ comme nous allons le démontrer plus loin dans le cadre de ce chapitre.

De plus, étant donné qu'il ne nous a pas été possible de trouver beaucoup de décisions émanant des deux instances internationales en ce qui a trait aux quatre États à l'étude, nous allons donc examiner les causes sur lesquelles les deux instances se sont penchées et qui sont pertinentes à notre recherche tout en établissant de façon sommaire dans quel continuum leurs perspectives s'inscrivent au niveau du cadre théorique de Kymlicka ainsi

¹⁷⁴ La notion d'accommodement raisonnable est reconnue seulement au sein de l'article 2 de la *Convention internationale sur les droits des personnes handicapées* des Nations Unies en ligne : <http://www2.ohchr.org/english/law/disabilities-convention.htm>

¹⁷⁵ Frédéric, Megret, supra note 91, p. 280

que des valeurs relatives au droit à l'égalité de Fredman. Nous allons débiter notre analyse par l'examen des jugements du Comité des droits de l'homme pour ensuite nous appesantir sur ceux émanant de la Cour européenne dans le but d'établir les similitudes et les différences qui existent entre les deux systèmes juridiques.

I

Le port des signes religieux dans la jurisprudence du Comité des droits de l'homme de l'ONU : L'évolution du droit onusien de l'égalité formelle vers l'égalité réelle

L'évolution de la jurisprudence du Comité en rapport au port des signes religieux dans l'espace public a démontré une tendance qui a débuté avec une perspective axée vers l'égalité formelle (perspective universaliste) pour se diriger vers l'égalité réelle (perspective différentialiste). Cependant, avant d'entrer dans le vif du sujet, il convient de dire que le Comité des droits de l'homme a établi un test relativement simple pour l'analyse des contestations relatives à la liberté de religion. Ce test repose essentiellement sur le contenu de l'article 18 (3) du Pacte que nous résumons en ces termes :

Toutes limitations apportées à la liberté d'expression des croyances religieuses doivent être (1) prescrites par la loi; (2) nécessaires pour la protection de la sécurité publique, l'ordre, la santé, la moralité ou les droits fondamentaux des autres conformément à l'article 18 (3) de la Convention¹⁷⁶.

Le Comité a par ailleurs stipulé qu'il n'est pas nécessaire que tous les critères soient satisfaits pour qu'un État soit déclaré fautif en vertu de l'article 18 du Pacte. Il suffit que les faits démontrent que les restrictions n'étaient pas prescrites par une loi, ou qu'elles n'étaient pas justifiées ou encore qu'elles n'étaient pas nécessaires pour la sécurité, l'ordre, la moralité ou qu'elles ne visaient pas à prévenir l'atteinte aux droits fondamentaux d'autrui. Dans cette optique, les décisions que nous allons examiner dans les paragraphes qui suivent illustrent non seulement ces points, mais démontrent clairement l'intention du Comité de respecter l'objet et l'esprit de l'article 18 (3) du Pacte en faisant usage d'une approche restrictive, voire même littérale, quant à l'interprétation des limites imposées aux manifestations des croyances religieuses par les États-parties en vertu de cette disposition.

¹⁷⁶ Le Comité a établi ce test dans les arrêts *Bhinder c. Canada*, Communication no. 208/1986, U.N. Doc. CCPR/37D/208/1986/ (1986) et *Hudoyberganova c. Ouzbékistan*, Communication no. 931/2000, U.N. Doc. CCPR/C/82/D/93/2000 (2004)

L'arrêt *Bhinder* [précité] illustre l'application littérale de la perspective universaliste, par le Comité. En effet, dans cette affaire, un demandeur de religion Sikh, qui souhaitait être dispensé de l'obligation de porter un casque de sécurité durant les heures de travail (en raison de l'incompatibilité du casque avec le *turban* traditionnel sikh) a été renvoyé par la Compagnie de chemin de fer Canadien national pour non-respect de la loi relative à la sécurité en milieu de travail. Après l'épuisement des recours internes, il a porté sa cause devant le Comité en alléguant une violation des dispositions des articles 18(1) (liberté de religion) et 26 (droit à l'égalité) du Pacte. En outre, il fait valoir que la restriction n'était pas nécessaire à la protection de la sécurité publique, car le risque qu'entraînait son refus de porter un casque de sécurité était limité à lui-même.

Le Comité a fait une interprétation littérale et stricte de l'alinéa 18 (3) du Pacte pour décider que le Canada n'avait pas d'obligation d'accorder une dérogation au demandeur dans le présent cas. Selon le raisonnement du Comité, une loi apparemment neutre, en ce sens qu'elle s'applique à toutes personnes sans distinction, mais qui a des effets discriminatoires contre les individus de religion Sikhe, ne constitue pas une violation de la liberté de religion ni des droits à l'égalité dans la mesure où elle est conforme aux exigences de l'article 18(3) car elle visait à assurer la sécurité des travailleurs. En ce sens, elle est compatible aux objectifs du Pacte.

Cette décision qui, de toute évidence et à première vue, favorise l'égalité formelle sur l'égalité réelle peut aussi être interprétée comme l'établissement de la primauté de la sécurité, une valeur énumérée au sein du Pacte, sur le droit à un traitement différencié. Par ailleurs, le Comité n'a pas complètement mis de côté le principe de «traitement différencié» puisqu'il a mentionné en *orbiter* dans sa décision que le demandeur avait rejeté une tentative d'accommodement de l'employeur qui voulait le transférer à un autre secteur où il aurait pu travailler en gardant son *turban*¹⁷⁷. À la lumière de ce jugement, nous pouvons

¹⁷⁷ *Ibid*

dire que dans les affaires où la sécurité publique est invoquée, le Comité prône une approche conservatrice dans ses jugements qui laisse peu de place au choix des individus selon la perspective de Kymlicka ainsi qu'à la perspective différentialiste dans son ensemble. Également, les principes relatifs à la dignité humaine sont ignorés.

Plus tard, dans l'affaire *Boodoo c. Trinité et Tobago*¹⁷⁸, le Comité a mis de côté la perspective universaliste pour promouvoir davantage le respect inhérent à la dignité de la personne humaine, un principe essentiel à la fois aux perspectives universaliste et différentialiste. Dans cette cause, le Comité devait se pencher sur une allégation de violation de l'article 18 du Pacte de la part d'un prisonnier de religion musulmane qui s'était vu interdire le port de la barbe ainsi que la participation à des activités religieuses par ses geôliers. Tout en étant fidèle à une interprétation stricte du paragraphe 18 (3) du Pacte, le Comité lui a donné gain de cause en rappelant que l'exercice de la croyance religieuse est un droit d'une portée très large qui implique plusieurs aspects y compris le droit du justiciable de participer à des cérémonies et de porter des signes religieux en public. Par conséquent, l'État ne peut limiter ce droit sans respecter les conditions énumérées au sein de l'article 18 (3) du Pacte.

À notre avis, ce jugement fait ressortir un principe fondamental : si l'État décide de restreindre les droits d'un justiciable, il doit le faire conformément aux conditions énumérées au sein de l'article 18(3) du Pacte sinon la restriction sera déclarée invalide. De plus, dans la mesure où les pratiques et manifestations religieuses se réfèrent également à l'affirmation identitaire des individus, l'État doit s'assurer de porter le moindrement possible atteinte à la dignité des justiciables et ce, peu importe leur statut. En l'espèce, le fait que le justiciable soit un prisonnier ne donne pas à l'État le droit absolu de restreindre sa liberté de pratiquer sa religion sans égard aux conditions énumérées au sein de l'article

¹⁷⁸*Boodoo c. Trinité et Tobago*, Communication no. 721/1996, U.N. Doc. CCPR/C/74/D/721/1996

18 (3) du Pacte car, en tant qu'être humain il a droit également au respect de sa dignité et il dispose d'une certaine liberté de choix.

Dans les arrêts *Riley et al. c. Canada*¹⁷⁹, *Hudoyberganova c. Ouzbékistan*¹⁸⁰ et *Ranjit Singh c. France*¹⁸¹, le Comité a confirmé de manière non équivoque l'intégration de la perspective différentialiste au sein du droit onusien et le fait qu'il ne s'oppose pas à la promotion de politiques publiques visant à promouvoir l'intégration des minorités religieuses dans les pays d'accueil bref, la justice sociale. Tout d'abord, dans l'affaire *Riley et al. c. Canada* [précitée], le Comité devait se pencher sur un cas où un traitement différencié accordé à une minorité religieuse a été remise en question par la majorité. En effet, après que la Gendarmerie royale du Canada (GRC) eut modifié ses règlements internes pour permettre aux membres de la religion Khalsa Sikh de substituer le couvre-chef Stetson de la GRC pour le *turban*, deux membres d'une organisation ayant vocation à faire respecter les traditions de la GRC se sont plaints des dérogations faites aux policiers de dénomination sikhe notamment pour les raisons suivantes : (1) l'État canadien est laïc; (2) la GRC représente l'État canadien, donc le fait de permettre à des officiers de porter des symboles religieux en service envoie un message de parti-pris religieux à la population canadienne.

Tout en jugeant l'affaire irrecevable, le Comité a réitéré le fait que la protection accordée par l'article 18 du Pacte s'étend au port des signes religieux dans l'espace public. En conséquence, les demandeurs n'ont pas prouvé que le fait pour la GRC d'autoriser le port de signes religieux constituait une forme de discrimination à leurs endroits ou qu'ils étaient des victimes au sens de l'article 1 du Protocole facultatif du Pacte. En conséquence, pour le Comité, la cause était au départ non fondée.

¹⁷⁹ *Kenneth Riley et Al., c. Canada*, Communication no. 1048/2002, U.N. Doc. CCPR/C/74/D/1048/2002 (2002)

¹⁸⁰ *Hudoyberganova c. Ouzbékistan*, supra note 176

¹⁸¹ *Ranjit Singh c. France*, Communication no. 1876/2009, U.N. Doc. CCPR/C/102/D/1876/2009

Les mêmes remarques peuvent être formulées à l'endroit de la position prise par le Comité dans la décision *Hudoyberganova c. Ouzbékistan* [précitée] qui non seulement s'inscrit dans la perspective différentialiste mais démontre l'intention claire du Comité de protéger et promouvoir les droits des minorités et le pluralisme religieux sur la scène internationale. Cette affaire concernait une jeune femme de religion musulmane qui avait été suspendue par un institut de langue de son pays parce qu'elle portait le foulard islamique au sein de l'établissement. Le Comité, après avoir fait une interprétation stricte des restrictions relatives à l'article 18 du Pacte, a donné gain de cause à la requérante pour le motif que l'État n'avait pas fourni de raisons justifiant les restrictions imposées à celle-ci. De plus, le Comité a jugé que l'analyse des faits relatifs à cette affaire démontrent l'intention malicieuse de l'État d'empêcher la plaignante d'exprimer ses croyances religieuses dans l'espace public parce qu'elles étaient reliées à l'Islam¹⁸². En l'occurrence, le Comité a jugé que l'État avait commis de la discrimination directe à l'endroit de la demanderesse.

Dans la récente affaire *Ranjit Singh c. France* [précitée] le Comité des droits de l'homme a continué dans la même veine lorsqu'il a statué que le refus de l'État français de laisser un réfugié de religion Sikhe de se faire photographier avec son turban pour une pièce d'identité constitue une violation du Pacte. Dans son raisonnement, le Comité a noté que la France n'avait pas expliqué pourquoi le port du turban qui couvre uniquement la partie supérieure de la tête tout en laissant le reste du visage visible rendrait l'identification du demandeur plus difficile ou même comment une photographie d'identité «tête nue» servirait à combattre les risques de falsification et de fraude. De plus, bien que le Comité eut reconnu que l'obligation d'ôter son turban pour prendre une photographie d'identité pourrait être qualifiée de mesure ponctuelle, elle a jugé que cette mesure entraînera une ingérence potentielle à la liberté de religion du demandeur qui apparaîtrait sans son turban porté en permanence sur une photographie d'identité et donc pourrait être contraint à ôter son couvre-chef religieux lors de d'autres contrôles d'identification. Pour ces raisons, le

¹⁸² *Ibid*, § 6.2

Comité a statué que la réglementation de l'État français exigeant d'apparaître «tête nue» sur les photographies d'identité de la carte de résident constitue une violation de l'article 18 du Pacte et a exigé de la France de fournir un recours utile au demandeur y compris un réexamen de sa demande de renouvellement de sa carte de résident et la révision du cadre normatif pertinent et son application dans la pratique en tenant compte de ses obligations en vertu du Pacte¹⁸³.

Enfin, l'examen de ces arrêts nous permet de tirer trois principes du raisonnement du Comité. Premièrement, la mise de côté de la perspective universaliste des droits à l'égalité pour l'adoption progressive d'une perspective axée sur le respect des différences. Deuxièmement, le droit de l'État de restreindre les manifestations de la religion ou de la conviction peut être exercé uniquement dans les cas qui sont prévus par la loi, qui sont nécessaires à la protection de la sécurité publique, de l'ordre public, de la santé ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui. Troisièmement, le fait que le principe de la laïcité ne soit pas incompatible avec la promotion du droit des minorités et du pluralisme religieux comme certains États ont essayé de le laisser croire. Autre fait important à noter, c'est le refus du Comité d'avoir recours à la marge nationale d'appréciation dans son analyse qui à notre avis, fait la différence dans son raisonnement.

Dans un autre ordre d'idées, la prochaine section de ce mémoire va effectuer un survol de la jurisprudence de la Commission européenne et de la Cour européenne dans le but de mettre en lumière l'impact qu'a eu le recours continue à la marge nationale d'appréciation sur les droits des justiciables au niveau du droit européen.

¹⁸³ [Note] À noter l'opinion individuelle de M. Fabian Salvioli qui a jugé que le Comité n'avait pas été assez loin à l'endroit de l'État français dans la mesure où il aurait dû conclure à une violation du paragraphe 2 de l'article 2 du Pacte et indiquer dans la partie consacrée au recours utile que la France devrait modifier sa législation afin de la rendre compatible avec le Pacte. *Ranjit Singh c. France* supra note 181, § 1-12

II

Le port des signes religieux dans l'espace public au sein de la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme: la promotion de la perspective universaliste sans le recours à la marge nationale d'appréciation.

La Commission européenne des droits de l'homme et récemment, la Cour européenne¹⁸⁴ ont eu à se pencher plus souvent que le Comité des droits de l'homme sur la question du port des signes religieux dans l'espace public. En l'occurrence, la jurisprudence relative à cette problématique est plus abondante en droit européen et plusieurs aspects de ce sujet qui demeurent sans réponse en droit onusien sont abordés en droit européen. Par ailleurs, la principale tendance qui ressort de l'analyse des jugements des deux instances (commission européenne et cour européenne) est qu'elles sont moins favorables à la perspective différentialiste dans la mesure où elles favorisent une analyse qui met l'accent sur la façon dont la liberté de religion peut affecter les droits d'autrui, ou même le principe de la marge nationale d'appréciation sans nécessairement tenir compte du contexte, des droits qui sont en jeu ou même de l'impact de leur jugement sur l'avancement des droits de la personne dans le contexte européen. En effet, en droit européen, la liberté de religion est perçue comme un droit de compromis et de concession tant et si bien que la Cour européenne réussit parfois à limiter la liberté de religion ("freedom of religion") au nom même de la liberté de religion ("freedom from religion")¹⁸⁵. Une ambiguïté que nous allons démontrer un peu plus loin dans notre analyse.

Quant au test relatif à l'application jurisprudentielle de l'article 9 de la Convention européenne, ces principaux critères se trouvent au sein de l'article 9(2) et ils sont similaires

¹⁸⁴ [Note] Les premières décisions sur le port des signes religieux en public ont été rendues par la Commission européenne des droits de l'homme. C'est pour cette raison qu'il convient de débiter par l'examen des jugements rendus par cette instance judiciaire pour ensuite examiner la jurisprudence de la Cour européenne qui a remplacé la Commission à partir de 1998

¹⁸⁵ Megret, Frédéric, supra note 91, p. 280

à ceux contenus au sein de l'article 18(2) du Pacte. Toutefois, pendant que les critères d'examen des deux traités comportent des similitudes, le critère de 'nécessité dans une société démocratique' et donc, la marge nationale d'appréciation ne fait pas partie des éléments d'analyse du Comité des droits de l'homme. Par conséquent, les critères d'examen des restrictions en vertu de la Convention sont plus larges que ceux du Pacte et ont été interprétés de manière considérable par la jurisprudence. Ainsi, le premier critère d'analyse relatif à une restriction imposée en vertu de la Convention exige que l'ingérence étatique doit viser un but légitime qui peut être basée sur l'intérêt de la sécurité publique, la protection de l'ordre public, de la santé, de la moralité ou pour la protection des droits d'autrui¹⁸⁶. Le deuxième critère exige que l'ingérence soit «prescrite par la loi»¹⁸⁷. Le troisième critère se réfère à la proportionnalité des mesures de restriction qui sont adoptées par rapport aux objectifs poursuivis par l'État. Le quatrième élément qui n'est pas explicitement mentionné au sein de l'article 9 veut que l'ingérence étatique soit «nécessaire dans une société démocratique»¹⁸⁸. Ce dernier critère est d'une importance particulière parce que c'est à ce niveau que la doctrine de la marge nationale d'appréciation entre en jeu, comme nous allons le voir dans l'analyse jurisprudentielle en vertu de l'article 9 dans les paragraphes qui vont suivre.

En 1978, La Commission européenne a eu à se pencher sur une cause portant sur la problématique du port des signes religieux dans l'espace public et a épousé d'emblée la perspective universaliste principalement parce que des questions de sécurité étaient en jeu.

¹⁸⁶ [Note] Le contenu de l'article 9 § (2) de la Convention est similaire aux dispositions des articles 8 (le droit à la vie privée) 10 (le droit à la liberté d'expression) et 11 (la liberté d'association) de la Convention européenne. Cependant, les restrictions contenues au sein de ces articles sont différentes au niveau de leurs applications par rapport à celles du paragraphe 9 (2) de la Convention

¹⁸⁷ La Cour européenne a stipulé que la notion «prescrite par la loi» signifie que la dite loi doit être accessible au justiciable et doit respecter le principe de la primauté du droit, tout en permettant au justiciable de bien comprendre les implications qu'elle peut avoir pour lui, à court, moyen et long terme. Voir *Dimitrijević c. Lettonie*, (2006), 156 C.E.D.H. (Sér. A), 60

¹⁸⁸ Gilbert, Howard, «Redefining Manifestation of Belief in *Leyla Şahin v. Turkey*» (2006) *Eur. H.R. L. R.*, 308; McHarg, Aileen, «Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights» (1999) *M.L.R.*, 671, 671

Ainsi, dans l'affaire *X c. Royaume-Uni*¹⁸⁹, la Commission européenne a rejeté la requête d'un motocycliste de religion sikhe qui contestait l'obligation de porter le casque au lieu du turban lorsqu'il était en motocyclette pour le motif que cette politique représente une mesure de sécurité nécessaire, justifiée par la protection de la santé et de la sécurité et qui est également enchâssée au sein d'une loi interne. En l'occurrence, la mesure étatique était conforme à la Convention puisque les critères de «but légitime», «prescrits par une loi» et de «proportionnalité» étaient respectés.

Ce jugement comporte des similitudes avec l'arrêt *Bhinder* [précité] du Comité des droits de l'homme puisque le juge international a fait fi de la perspective différentialiste pour adopter la vision universaliste des droits à l'égalité principalement parce que des questions de sécurité étaient soulevées. Par conséquent, les critères relatifs au respect de la dignité humaine ainsi que la promotion des principes relatifs à la justice sociale qui sont si chers à la mise en œuvre de l'égalité réelle ont été complètement mis de côté parce que la sécurité est un critère non-négociable autant en droit onusien qu'euro péen.

La Commission a encore une fois suivi la même logique de rejet de la perspective différentialiste au profit de l'idéologie étatique de la laïcité et de l'égalité formelle dix ans plus tard, dans les arrêts *Bulut c. Turquie*¹⁹⁰ et *Karaduman c. Turquie*¹⁹¹. Dans la décision *Bulut*, rendue à propos d'une étudiante turque qui contestait le refus de son université de lui octroyer son diplôme parce qu'elle avait pris sa photo alors qu'elle portait le foulard, la Commission, après avoir reconnu le caractère non absolu de la manifestation publique du fait religieux, affirme que le règlement universitaire s'appuyait sur les principes relatifs à la 'laïcité', qui est une composante fondamentale de l'État turc et fait même partie de la Constitution du pays. En l'occurrence, le refus de l'Université d'accepter la photo était

¹⁸⁹ *X c. Royaume-Uni* (12 juillet 1978) D.R. 14, 234

¹⁹⁰ *Bulut c. Turquie* (1991), 18783/91

¹⁹¹ *Karaduman c. Turquie* (1993), Requête no. 16278/90

donc justifié parce qu'il visait à préserver le caractère laïc des institutions publiques de cet État.

Dans *Karaduman*, dont les faits étaient les mêmes que l'affaire *Bulut* [précitée], la Commission a donné gain de cause à l'État en suivant un raisonnement tortueux qui a totalement mis de côté les principes relatifs au choix et à l'autonomie individuels ainsi qu'à l'identité religieuse de la requérante et donc, des cadres théoriques de Fredman et Kymlicka. Elle a statué que la demanderesse faisait partie de la religion majoritaire et que les manifestations religieuses de celle-ci pouvaient constituer une forme de pression sur les étudiants ne pratiquant pas de religion ou sur ceux adhérant à une autre religion. De plus, elle a ajouté que le dispositif contesté «vise à ce que certains courants fondamentalistes religieux ne troublent pas l'ordre public dans l'enseignement supérieur et ne portent pas atteinte aux croyances d'autrui»¹⁹². Pourtant, les faits relatifs à l'instance n'indiquent pas que la requérante faisait partie d'un mouvement fondamentaliste et les preuves présentées dans le litige ne démontrent pas que le port du foulard islamique en public pouvait avoir un effet coercitif sur les autres étudiants non musulmans. Ceci, d'autant plus que rien dans l'instance n'indique que la requérante tentait d'imposer ses idées religieuses ou recrutait des adeptes pour sa religion.

En vertu de ces constats nous pouvons dire que ces deux arrêts mettent davantage l'accent sur la façon dont la liberté de religion pourrait affecter les droits des autres sans examiner plus en profondeur si justement 'les autres' sont dérangés par la manifestation religieuse des plaignants¹⁹³. À ce point s'ajoute le fait que la Commission européenne a accordé peu

¹⁹² *Ibid* § 40

¹⁹³ [Note] Quelques années après cette affaire, la Cour a rendu l'arrêt *Valsamis c. Grèce*, (18 décembre 1996) Requête no. 21787/93, CEDH au sein duquel elle a considéré que la liberté de religion d'un Témoin de Jéhovah n'avait pas été violée par la Grèce après que la fille du plaignant ait été obligée de participer à un défilé commémorant l'entrée en guerre de la Grèce avec l'Italie, malgré son opposition pour des motifs religieux. La cour a justifié son raisonnement en disant que «la liberté de religion ne confère pas le droit de se soustraire à des règles disciplinaires d'application générale et neutre». En l'occurrence, la notion de «discrimination indirecte» n'existe pas dans la perspective de la Cour quand bien même que les faits semblent démontrer le contraire.

d'importance à l'identité religieuse des plaignantes ainsi qu'à leur autonomie et leur liberté de choix en tant qu'individu. Elle prône plutôt une approche pour le moins paternaliste qui laisse très peu de place à la promotion des droits humains et qui, à notre avis ne promeut pas les droits contenus au sein de la Convention. Par conséquent, on voit ici une preuve tangible d'une conception très étroite du principe de la non-discrimination que l'on retrouve aux articles 14 de la Convention et premier du Protocole 12 du même instrument¹⁹⁴. Également, les principes relatifs au respect de la dignité inhérente à la personne humaine ainsi que les principes de justice sociale ont été encore une fois mis de côté dans ces arrêts.

Dans la prochaine sous-section de ce mémoire, nous allons voir comment la Cour européenne au même titre que la Commission, a maintenu la perspective universaliste dans plusieurs de ces jugements relatifs au port des signes religieux en public en ayant recours cette fois, à la marge nationale d'appréciation.

¹⁹⁴ *Convention européenne* supra note 81, art. 14

III

Le port des signes religieux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme: maintien de la perspective universaliste et recours «intempestif» à la marge nationale d’appréciation.

La Cour européenne des droits de l’homme a rendu plusieurs arrêts sur la question du port des signes religieux dans l’espace public qui impliquaient plusieurs États et qui visaient à répondre à plusieurs questions relatives à cette problématique. Par conséquent, dans les lignes qui suivent, nous nous proposons d’analyser ces jugements en les classant en fonction du lieu public qui était au cœur du litige, c’est-à-dire les écoles, les universités, les aéroports, les institutions gouvernementales telles que les ambassades et les consulats. Nous allons débiter par l’examen des jugements qui ont été rendus sur le port des signes religieux dans les institutions scolaires primaires et secondaires.

3.1 La Cour européenne et le port des signes religieux dans les écoles primaires, secondaire et les collèges publics

Dans ses jugements relatifs au port des signes religieux dans l’espace public, la Cour européenne a toujours fait une interprétation stricte des critères de restrictions contenues dans le paragraphe 9(2) de la Convention européenne, tout en ayant recours à la marge d’appréciation pour justifier les mesures étatiques en place. En l’occurrence, nous allons débiter par l’examen de l’arrêt *Dahlab c. Suisse*¹⁹⁵ parce qu’elle porte sur le rôle de l’État en rapport avec la marge nationale d’appréciation. De plus, elle a des implications en rapport à la problématique du port des signes religieux par des fonctionnaires de l’État en droit européen. Cette question a d’ailleurs été répondue partiellement par le Comité des droits de l’homme dans *Riley et Al., c. Canada* [précité].

¹⁹⁵ *Lucia Dahlab c. Suisse*, (2001) 98 C.E.D.H (Sér. A) 174

Dans *Dahlab*, une enseignante d'une école publique qui avait été renvoyée de l'établissement en raison du port du foulard islamique avait intenté une action contre l'État suisse pour violation de son droit à la liberté de religion. La Cour européenne a statué que les autorités genevoises n'avaient pas outrepassé leur marge d'appréciation car le foulard islamique était un symbole religieux «fort», c'est-à-dire immédiatement visible pour les tiers, dont l'impact sur des jeunes enfants de l'école primaire qui sont des êtres vulnérables et influençables était difficile à mesurer.

En outre, après avoir donné son aval au commentaire formulé par le Tribunal fédéral suisse qui trouve inconciliable le foulard islamique avec l'égalité des sexes, elle s'est empressée d'ajouter que l'interdiction du port du foulard faite à l'enseignante ne visait pas son appartenance au sexe féminin mais poursuivait le but légitime du respect de la neutralité de l'enseignement primaire car, un homme portant un vêtement religieux ostentatoire dans les mêmes circonstances que la requérante aurait été traité de la même façon. En l'occurrence, c'est parce que le foulard islamique était contraire au principe de neutralité de l'État suisse que la Cour a rejeté la cause de la requérante.

La Cour européenne a poursuivi dans la même veine dans les arrêts *Dogru c. France*¹⁹⁶ et *Kervanci c. France*¹⁹⁷ qui mettaient cette fois-ci en cause des élèves qui avaient été exclues des collèges publics de la ville de Flers pour refus d'enlever leurs foulards islamiques durant les cours d'éducation physique et sportive. Après l'épuisement des recours internes, les parents de ces dernières se sont plaints de la violation de leur droit à la liberté de religion, en raison principalement du caractère déraisonnable de la décision de l'État français, et subsidiairement, dans le cas de *Kervanci*, de la violation de l'article 2 du *Protocole No. 1* de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* qui dispose que «Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction». La Cour européenne a encore une fois rejeté les deux requêtes. Dans *Kervanci*, le

¹⁹⁶ *Dogru c. France* (2009), no. 27058/05

¹⁹⁷ *Kervanci c. France* supra note 164 § 71

raisonnement de la Cour peut être résumé selon les trois motifs suivants: (1) la mesure gouvernementale était prévue par la loi; (2) elle n'était pas déraisonnable parce qu'elle poursuivait un but légitime qui se réfère aux exigences de sécurité et la nécessité d'adopter une tenue vestimentaire compatible avec la pratique d'exercices sportifs¹⁹⁸; (3) quant au critère «de nécessité dans une société démocratique», la Cour a rappelé que dans le contexte de l'application et du respect de la marge nationale d'appréciation, les autorités étatiques se devaient de veiller avec grande vigilance que la manifestation des croyances religieuses des élèves dans les écoles ne se transforment pas en un acte ostentatoire qui constituerait une source de pression et ou d'exclusion. Dans cette même optique, elle a jugé inutile d'examiner la requête formulée en vertu de l'article 2 du Protocole No.1 parce qu'il était du devoir des autorités scolaires d'adopter des mesures disciplinaires, y compris des mesures temporaires ou définitives pour assurer le bon fonctionnement de l'établissement scolaire¹⁹⁹. Ainsi, le maintien de la cohésion sociale dans les institutions scolaires était un des éléments clés de ce jugement. Pourtant, les faits relatifs à cette instance ne laissent entrevoir aucune tentative de pression de la part de la plaignante sur les autres élèves ou les membres du personnel scolaire.

Dans *Dogru* [précité] la Cour inscrit son raisonnement dans la même lignée que les arrêts *Karaduman* et *Bulut* [précités] en disant que dans une société démocratique caractérisée par le pluralisme religieux, il peut se révéler nécessaire d'assortir la liberté d'exercer sa religion de limitations propres à concilier les intérêts des divers groupes et à assurer le respect des convictions de chacun. Cependant, peut-on vraiment considérer l'approche restrictive de la Cour comme étant axée sur la conciliation des intérêts de chacun lorsque la balance penche plus souvent qu'autrement en faveur des États-parties en raison principalement de la marge d'appréciation?

¹⁹⁸ *Ibid* § 52

¹⁹⁹ *Ibid* § 83

La décision de la Grande Chambre de la Cour européenne dans l'arrêt *Lautsi c. Italie*²⁰⁰ nous permet de répondre par la négative à cette question. En effet, cette affaire concernait une poursuite judiciaire qui avait été intentée contre l'Italie par des parents qui alléguaient que la présence de crucifix dans les salles de classe des écoles publiques de cet État était incompatible avec l'obligation de celui-ci de respecter le droit des parents d'assurer à leurs enfants une éducation conforme à leurs convictions religieuses. Après s'être vu débouté en première instance à la Cour européenne, l'État italien a porté la cause en appel devant la Grande chambre qui lui a donné gain de cause en statuant que la décision de l'État de maintenir les crucifix dans les salles de classe constitue la perpétuation d'une tradition historique et culturelle qui est protégée par la marge nationale d'appréciation, car l'Italie est de tradition catholique. De plus, bien que l'affiche de crucifix dans les salles de classe donne une grande visibilité à la religion majoritaire, cela ne suffit pas pour caractériser une démarche d'endoctrinement de la part de l'État. La Cour conclut son raisonnement en ajoutant que la présence du crucifix n'est pas associée à un enseignement obligatoire du christianisme et l'espace scolaire italien est ouvert au pluralisme religieux.

L'examen de cette décision fait ressortir quelques contradictions dans le raisonnement de la Cour en comparaison avec d'autres arrêts qu'il convient de mettre en lumière ici. Tout d'abord, dans *Karaduman* [précité] la Commission européenne, le prédécesseur de la Cour européenne, avait rejeté la requête de la demanderesse parce qu'elle faisait partie de la religion majoritaire et donc, les manifestations de ses croyances religieuses pouvaient constituer une forme de pression sur les étudiants qui ne pratiquent pas de religion ou sur ceux qui adhèrent à une religion différente. Ne peut-on pas faire la même remarque quant au crucifix qui est un signe religieux universellement associé au monde chrétien et dont la présence envoie immédiatement un message de l'appartenance religieuse de la personne ou de l'entité qui est à l'origine de sa présence? De plus, en Italie le christianisme est la religion de la majorité et la présence du Vatican ajoute à la forte présence de cette religion

²⁰⁰ *Lautsi c. Italie*, (2010) requête no. 30814/06

dans l’imaginaire social des nationaux de cet État. Également, dans *Dahlab* [précité], la Cour a reconnu que le foulard islamique est un signe religieux «fort» pouvant influencer des jeunes enfants vulnérables et influençables. Le crucifix est à notre avis un signe religieux tout aussi «fort» qui a toujours été associé au christianisme et dont la présence dans un environnement d’apprentissage telle qu’une salle de classe peut aussi avoir un impact fort sur des jeunes élèves dont le jugement et la perception ne sont pas encore tout-à-fait formés. Un élément important que la Cour a ignoré dans son raisonnement.

Également, nous pouvons légitimement nous demander si le fait pour l’État d’autoriser la présence des crucifix dans ces institutions scolaires publiques ne laisserait pas croire implicitement à un parti-pris de la part de celui-ci face à la religion chrétienne? Ce dernier argument ne manque pas de poids à notre avis, quand on sait que le christianisme fait partie de la tradition chrétienne de l’Italie. De plus, il n’est pas exclu que certaines personnes peuvent se sentir lésés dans leurs convictions religieuses par la présence constante, dans les salles de classe du signe d’une religion à laquelle ils n’appartiennent pas alors que ces individus ont choisi les écoles publiques parce qu’ils voulaient éviter cette situation.

Dans *Kervanci* nous trouvons que la Cour a fait très peu de cas du droit à l’instruction qui est non seulement garanti par l’article 2 du *Protocole 1* de la *Convention de sauvegarde des droits de l’homme* mais également par l’article 13 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*²⁰¹ dont la France est partie depuis 1980 car, elle n’a émis aucun commentaire sur la viabilité des tentatives d’accommodements ou des mesures d’ententes qui auraient été mises de l’avant par les parties en cause. À notre avis, l’approche de la Cour ne semble pas favoriser l’avancement des droits garantis par la Convention européenne. Elle ne cherche pas non plus à équilibrer voire même à balancer les droits des justiciables avec les intérêts de l’État. Elle cherche plutôt à cautionner les

²⁰¹ [1976] 993 R.T.N.U. 3

intérêts des États par le biais de la marge nationale d'appréciation dans le but ultime d'y maintenir la cohésion sociale.

Dans la même veine, la Cour a récemment rendu six jugements sur le port des signes religieux en milieu scolaire où elle a encore eu recours à la marge nationale d'appréciation pour reconnaître le bien-fondé de la décision de l'État français sans porter attention aux questions relatives à la discrimination indirecte, ni aux effets disproportionnés des mesures de l'État français sur des groupes religieux minoritaires que sont les musulmans et les sikhs. Dans ces arrêts²⁰², six élèves, dont quatre d'affiliation musulmane et deux de religion sikhe avaient été renvoyées définitivement de leur établissement scolaire pour refus, respectivement d'enlever leurs foulards, dans le cas des élèves musulmanes et leur *keski*, en ce qui concerne les élèves de religion sikhe en contravention au *Code de l'éducation* de l'État français. Après l'épuisement des recours internes, les familles des élèves ont déposé une requête devant la Cour européenne pour violation de leur droit à la liberté de religion en vertu de l'article 9 et subsidiairement, pour discrimination en vertu de l'article 14 de la Convention.

La Cour a fait peu de cas de l'impact de la décision des autorités scolaires sur les élèves et a focalisé son jugement strictement sur les restrictions contenues au paragraphe 9(2) de la Convention pour statuer qu'il n'y avait pas violation du droit à la liberté de religion des requérants parce que l'interdiction faite aux élèves est prévue au sein d'une loi (le *Code de l'éducation* de la France), qui a pour but de protéger les libertés d'autrui ainsi que l'ordre public. Dans cette même logique, la Cour souligne le fait que l'interdiction de tous les signes religieux ostensibles dans l'ensemble des établissements scolaires publics est motivée par la sauvegarde du principe constitutionnel de la laïcité en France, un objectif conforme aux valeurs sous-jacentes à la Convention et à sa jurisprudence. Enfin, la Cour

²⁰² *Aktas c. France* no. 43563/08; *Bayrak c. France* Requête no. 143008/08; *Gamaleddyn c. France* Requête no. 18527/08; *Ghazal c. France* Requête no. 29134/08; *J. Singh c. France* Requête no. 25463/08; *R. Singh c. France* Requête no. 27561/08

conclut son jugement en statuant que la sanction d'exclusion définitive n'est pas disproportionnée car les élèves disposent de la possibilité de poursuivre leur scolarité à distance.

Outre le fait que la perspective différentialiste a été écartée du raisonnement de la Cour, que peut-on conclure de l'examen des jugements mentionnés ci-haut? Tout d'abord, la Cour accorde une telle importance à la marge nationale d'appréciation qu'elle ne regarde pas les effets des mesures étatiques sur les groupes religieux précis que sont les musulmans et les sikhs qui sont, à notre avis des groupes vulnérables en raison de leurs conditions minoritaires. De plus, il nous est aisé de voir que la discrimination indirecte n'a aucune importance dans le raisonnement de la Cour car elle n'en fait aucune mention dans ses analyses. De plus, les notions clés du libéralisme repensé telles que la liberté de choix, l'autonomie et l'indépendance morale ou même le respect de la dignité inhérente à la personne humaine de Fredman voire même le sexe des plaignants ont été complètement ignorées dans le raisonnement de la Cour comme dans les autres arrêts mentionnés ci-haut.

Dans cette même logique, que dire de la décision de la Cour de trouver acceptable l'enseignement à distance, quand on sait l'importance du rôle fonctionnaliste de l'école en tant qu'agent de socialisation et d'intégration sociale qui permet aux élèves (surtout ceux de minorités religieuses qui sont pour la plupart des immigrants ou d'ascendance immigrante) d'entrer en contact les uns avec les autres dans un environnement d'apprentissage, d'échange d'idées et d'établissement de liens d'amitié? Nous ne sommes pas d'avis que l'éducation à distance avec son caractère impersonnel pourra remplir ce rôle. Également, la manière dont la Cour a justifié la limitation du port des signes religieux sur la base de la laïcité pourrait laisser croire que ce principe n'a pas de limites ou constitue une «laïcité de combat» qui s'oppose à toute forme d'expression religieuse dans l'espace public alors que comme nous allons le voir plus loin, ce concept comporte certaines limites importantes en droit interne français.

Dans la prochaine sous-section de l'analyse nous allons examiner le port des signes religieux dans les institutions universitaires dans le but de déterminer jusqu'à quel point la Cour maintient sa position ou l'a changé au niveau de l'application de la marge nationale d'appréciation.

3.2 La Cour européenne et le port des signes religieux dans les universités

Le recours intempestif de la Cour européenne à la marge nationale d'appréciation pour limiter les droits des justiciables à l'expression de leurs convictions religieuses en vertu de la Convention s'est poursuivi dans les universités et les institutions de haut-savoir encore une fois, pour la simple raison qu'il ne semble pas y avoir de consensus en droit européen par rapport à cette question. Nous allons donc débiter notre survol par l'examen de l'arrêt *Leyla Şahin c. Turquie*²⁰³ parce que c'est une décision de la Grande chambre de la Cour européenne.

Dans cette affaire, Leyla Şahin, une étudiante de l'Université d'Istanbul s'est vue refuser l'accès à la Faculté de médecine de l'institution parce qu'elle portait un foulard islamique. La Grande chambre de la Cour européenne, a donné gain de cause à l'État turc en confrontant les faits relatifs à l'instance aux préceptes de base de l'article 9(2) de la Convention européenne. Tout d'abord, la Cour n'a eu aucun problème à conclure que le règlement interdisant le port du foulard islamique constituait une ingérence au droit de la requérante de manifester sa religion. Cependant, cette ingérence était selon la Cour «prévue par la loi» car le règlement étatique était rédigé en termes clairs, était accessible à la requérante et poursuivait «un but légitime» qui était la protection des droits et libertés d'autrui. De plus, elle a ajouté que le règlement était «nécessaire dans une société démocratique» telle que la Turquie où la laïcité joue un rôle fondamental. Dans ce contexte, il appartient d'abord et avant tout à l'État d'évaluer en premier lieu la nécessité

²⁰³ *Leyla Şahin c. Turquie*, supra note 167

d'une ingérence, la Convention jouant un rôle subsidiaire. La Cour a conclu à une violation de l'article 9 de la Convention mais a estimé que cette violation était justifiée en vertu de la marge nationale d'appréciation qui protégeait la laïcité qui est un droit constitutionnel au sein de la Turquie et sur lequel ce pays s'est édifié. Encore une fois, la Cour fait une interprétation de la laïcité qui présuppose que cette dernière s'oppose à la manifestation des croyances religieuses au sein des institutions publiques de l'État.

Dans *Kurtulmus c. Turquie*²⁰⁴ la Cour européenne a suivi le même raisonnement que dans *Şahin* [précité] pour rejeter la demande d'une requérante qui était professeure associée à l'Université d'Istanbul et qui avait été démise de ses fonctions en raison du fait qu'elle portait le foulard. Après avoir justifié sa décision en se fondant sur la protection des droits et libertés d'autrui ainsi que le maintien de l'ordre public. La Cour a ajouté que le code vestimentaire qui s'applique à toute la fonction publique a pour finalité de préserver la laïcité de l'État et est parfaitement conforme à la marge nationale d'appréciation dont disposent les autorités gouvernementales ainsi qu'aux objectifs de la Convention. De plus, elle a ajouté qu'en tant qu'enseignante à l'université, la demanderesse détient l'autorité de cette institution et représente l'État. Elle doit donc faire preuve de discrétion dans l'expression publique de ces convictions religieuses.

Cette décision dont le raisonnement est à l'opposé de celui suivi par le Comité des droits de l'homme de l'ONU dans l'arrêt *Riley c. Canada*²⁰⁵ accorde encore une fois, très peu d'attention au critère de proportionnalité des mesures car, à notre avis, il est légitime de se demander s'il est juste et proportionné de démettre quelqu'un de ses fonctions, surtout dans le contexte d'une institution de haut-savoir telle qu'une université où les principes du libéralisme classique telles que les libertés d'opinion et d'expression devraient prévaloir? De plus, le raisonnement de ce jugement, tout comme ceux mentionnés plus haut, n'accordent aucune importance au respect de la différence qui est le fondement même de la

²⁰⁴ *Kurtulmus c. Turquie* Requête no. 65500/01

²⁰⁵ *Riley et Al. c. Canada* supra note 179

perspective différentialiste et qui, à notre avis aurait fait progresser les droits garantis par la Convention européenne dans le contexte du port des signes religieux en public. Par ailleurs, le fait que la plaignante soit une femme et que certaines religions ont tendance à imposer un fardeau plus lourd à celle-ci au niveau de la manifestation de l'identité religieuse, de la simplicité et de la pudeur a été complètement ignoré dans le raisonnement de la Cour européenne.

La prochaine sous-section de l'analyse consistera en l'examen du port des signes religieux au sein de l'administration gouvernementale autant par les employés que le grand public.

3.3 La Cour européenne et le port des signes religieux au sein de l'administration gouvernementale et dans les édifices gouvernementaux

La recherche révèle que le port des signes religieux dans la fonction publique dépend de la nature des fonctions que chaque État considère approprié de remplir par opposition à celles qu'il considère normal de réglementer. Dans ce contexte, nous porterons une attention particulière aux fonctionnaires qui sont au service général de l'État plutôt que les enseignants des écoles primaires, secondaires et les professeurs d'université que nous avons déjà traité plus haut ou les médecins.

Bien que la marge nationale d'appréciation demeure un élément clé dans l'analyse de la Cour européenne, l'État doit toutefois s'assurer de maintenir une image neutre et impartiale dans les actions qu'il entreprend. Ainsi, dans l'affaire *Ivanova c. Bulgarie*²⁰⁶ la Cour européenne a rejeté l'argument de l'État bulgare selon lequel la nature laïque du système éducatif en Bulgarie justifiait la restriction de la liberté de religion d'une personne alors que dans la cause *Kalaç c. Turquie*²⁰⁷, la Cour a précisé que quand la fonction judiciaire est en jeu, l'État a le droit de prendre les mesures propres à garantir l'absence de toute

²⁰⁶ *Ivanova c. Bulgarie*, no. 52435/99 CEDH 2007

²⁰⁷ *Kalaç c. Turquie*, (1^e juillet 1997) no. 61/1996/680/870

perception éventuelle de parti pris pour des motifs religieux et celles-ci pourraient s'étendre au port des signes religieux par des membres de l'ordre judiciaire ainsi que ceux employés par les services des tribunaux. En l'occurrence, la décision relative à la légitimité d'une restriction imposée à un fonctionnaire étatique doit être basée sur la fonction de l'officier plutôt que sur le fait même d'être fonctionnaire.

Dans la même veine, le raisonnement de la Cour suggère qu'il convient d'établir une distinction entre le fonctionnaire qui, de par son emploi, est en contact direct avec le public et celui qui ne l'est pas. En effet, de nombreux officiers de l'État travaillent dans des environnements clos et ne sont pas en contact avec le public dans le cours habituel de leur fonction. Il est difficile de justifier des restrictions au port des signes religieux dans ce contexte car l'incidence potentielle de ces signes est limitée et affecte principalement les relations entre les employés qui, comprenant la nature de leur emploi mutuel, pourraient raisonnablement respecter les choix de leurs collègues, sous réserve qu'ils n'aient pas d'effet sur leurs relations de travail. Par contre, un éventail plus large de restrictions peut être justifiable voire même nécessaire dans le cas des fonctionnaires qui sont en contact direct avec le public en raison du fait qu'il est primordial pour l'État d'assurer son impartialité et sa neutralité dans la façon dont ses fonctionnaires se présentent devant un public qui est de plus en plus composé d'adeptes de différentes religions ou des personnes n'ayant pas de religion du tout. Toutefois, selon la Cour, il revient à l'État, dans sa marge de discrétion, de juger des situations relatives à l'ouverture et aux restrictions quant au port des signes religieux par les fonctionnaires²⁰⁸. Encore une fois c'est la perspective universaliste qui prime dans ce secteur également. Cependant, quelle est la position de la Cour par rapport au public qui pénètre dans les édifices gouvernementaux pour l'obtention

²⁰⁸ [Note] Le caractère subjectif des situations considérées comme étant appropriées au port des signes religieux peut causer des situations susceptibles d'être interprétées comme étant un manque de sensibilité culturelle. Par exemple on pourrait raisonnablement penser qu'il serait inconvenant pour un travailleur social de porter des signes religieux lors de ses visites et interactions avec le public. Cependant, dans certaines situations cela pourrait lui faciliter la tâche car il encouragerait une forme d'ouverture, en particulier quand des minorités et des groupes vulnérables sont concernés. Evans, supra note 137, p. 106

de services? Jusqu'à quel point ont-ils le droit de porter leurs signes religieux dans les édifices gouvernementaux?

La Cour a eu l'occasion de répondre à cette question dans l'arrêt *El Morsli c. France*²⁰⁹. Dans cette affaire, la requérante, une ressortissante marocaine, mariée à un français s'est vu refuser un visa d'entrée en France au motif qu'elle n'avait pas accepté de retirer son voile afin de se soumettre à un contrôle d'identité par un agent masculin au consulat général de France à Marrakech. Elle s'est adressée à la Cour européenne en alléguant une violation des dispositions de l'article 9 de la Convention.

La Cour a déclaré la requête irrecevable, statuant que les contrôles d'identité effectués dans le cadre de mesures de sécurité d'un consulat général poursuivaient le but légitime de la sécurité publique, et que l'obligation faite à la requérante de retirer son voile était limitée dans le temps. Encore une fois, il est clair que la sécurité constitue une sérieuse limite à la liberté de religion et, dans ce contexte, l'État n'a aucune obligation d'accommoder la requérante. Par ailleurs, étant donné que le critère de la sécurité était en jeu dans ce pourvoi, la Cour n'a même pas jugé nécessaire de soulever la marge nationale d'appréciation dans son raisonnement.

3.4 La Cour européenne et le port des signes religieux dans les centres hospitaliers et autres services médicaux

La complexité du milieu médical écarte d'emblée l'application d'une approche rigide quant au port des signes religieux dans l'espace public. En effet, les hôpitaux et les services médicaux, en tant que lieux de soin et d'attention, doivent pouvoir répondre aux besoins spirituels aussi bien que physiques des patients qui le désirent. Par conséquent, les États doivent pouvoir avoir recours aux prêtres ou autre représentants religieux, ou leur autoriser

²⁰⁹ *El Morsli c. France*, no. de requête 15585/06

l'accès aux services médicaux sans que ces derniers soient concernés par les restrictions relatives au port des signes religieux au sein des établissements médicaux. Il en va de même pour les patients qui devraient pouvoir porter et exhiber leurs signes religieux qui leur apportent un certain réconfort, même si des restrictions peuvent s'avérer nécessaires pour veiller au respect mutuel et aux droits et libertés des autres patients, dans des circonstances où ces signes pourraient empêcher la guérison ou perturber la quiétude des autres patients²¹⁰.

La situation est un peu différente dans le cas des professionnels de la santé qui ne doivent pas laisser leurs convictions religieuses influencer leur jugement ni affecter l'exercice de leurs responsabilités professionnelles²¹¹. Également, la doctrine suggère qu'il est exigé des professionnels de la santé de ne pas porter de signes religieux pouvant inquiéter à bon droit les patients et leurs proches quant au professionnalisme et à l'objectivité du corps médical. La logique justifiant ces exigences réside dans le fait qu'en choisissant cette fonction, le professionnel médical, doit, en vertu de son statut, se conformer aux standards de la profession plutôt qu'à ces convictions religieuses personnelles²¹². Cette approche particulièrement rigide ne laisse aucune place au principe de liberté de choix et d'autonomie des individus quant à l'expression des croyances religieuses dans l'espace public.

L'arrêt fort attendu de la Cour européenne intitulé *Chaplin c. Royaume-Uni*²¹³ est très pertinente ici. En effet, la demanderesse travaillait à titre d'infirmière qualifiée dans un centre de gériatrie de 1989 à 2010 dont le code vestimentaire exigeait que les employés ne pouvaient porter que des bijoux discrets, à l'exclusion des colliers, ceux-ci présentant un

²¹⁰ Evans, Malcolm, supra note 137, p. 106

²¹¹ *Pichon et Sajous c. France* (1999.), no 49853/99, CEDH 2001-X. La Cour a rejeté la demande de pharmaciens catholiques français qui refusaient de vendre des contraceptifs en raison de leurs convictions religieuses. La Cour a statué que la liberté de religion n'était pas un droit absolu et qu'il comportait des limites surtout lorsque les restrictions étaient indiquées au sein d'une loi.

²¹² Evans, supra note 137 à la p. 106

²¹³ *Chaplin c. Royaume-Uni* no. de requête 59842/10

risque de blessures lors du maniement des patients. En 2007, après que les uniformes du centre de gériatrie eurent changé, l'administration du centre demanda à la demanderesse d'enlever le crucifix qu'elle portait au cou parce qu'il représentait un risque autant pour elle que pour les patients. Devant son refus, elle fut transférée dans un poste temporaire sans contact avec les patients qui ne fut pas prolongé en 2010. Elle saisit le tribunal du travail qui la débouta pour le motif que la position de l'hôpital reposait sur des considérations de santé et sécurité plutôt que sur des motifs religieux, et que rien n'indiquait que ce fut autre que la demanderesse eût subi le moindre préjudice. Elle porta directement sa cause devant la Cour européenne pour violation de son droit à l'expression de ses croyances religieuses en vertu de l'article 9 de la Convention. La décision de la Cour est pendante et aura une implication considérable en matière de port des signes religieux par des professionnels œuvrant dans les établissements de soins de santé en Europe.

3.5 La Cour européenne et le port des signes religieux au sein des forces armées et des forces de l'ordre

Au niveau du port des signes religieux dans les forces armées et la police, la jurisprudence fait état d'exigences plus sévères et là encore, l'appréciation relève de la marge de discrétion de l'État. En effet, dans l'affaire *Engels et Al. c. Pays-Bas*²¹⁴, la Cour a stipulé que s'ils peuvent bénéficier de la jouissance des droits de la Convention, les membres des forces armées et des forces policières peuvent faire l'objet de restrictions plus rigoureuses que les civils. En outre, La Cour est allée plus loin dans l'affaire *Kalaç*²¹⁵ [précitée] en affirmant qu'en embrassant une carrière militaire le demandeur [*Kalaç*] se pliait de son plein gré au système de discipline militaire. Ce système implique, par nature, de limiter rigoureusement certains droits et libertés des membres des forces armées qui ne pourraient pas s'appliquer aux civils. En l'occurrence, les États peuvent adopter pour leurs forces armées des règlements disciplinaires interdisant divers types de comportements, notamment

²¹⁴ *Engels et Al. c. Pays-Bas*, arrêt du 8 juin 1976, Série A no. 22

²¹⁵ *Kalaç* supra note 207 § 27-28

les attitudes qui vont à l'encontre de l'ordre établi mais qui répondent aux nécessités du service militaire²¹⁶.

Dans un autre ordre d'idées, tout comme dans les services de la santé, la doctrine suggère que l'État peut employer des personnes pour répondre aux besoins spirituels des forces de sécurité et qu'en conséquence leurs membres peuvent arborer des signes religieux dans le cadre de leurs fonctions sans que cela soulève des questions quant à la neutralité de l'État²¹⁷. Selon cette approche, ce dernier doit s'assurer que les membres de son armée puissent pouvoir exercer leur liberté de conscience et de religion dans un contexte où le pluralisme religieux et les principes de non-discrimination revêtent un poids particulier, c'est-à-dire que l'exercice de l'expression religieuse ne doit pas porter atteinte au professionnalisme des forces de l'ordre ni donner une impression de partialité face à une religion particulière. La nature des forces de l'ordre et de l'armée font en sorte que la perspective différentialiste, l'autonomie individuelle et la liberté de choix ont très peu de place quant à la problématique du port des signes religieux dans l'espace public au sein de ces institutions. À ce niveau de l'analyse, il importe de se demander quelle est la perspective de la Cour quant au port des signes religieux dans les rues et autres lieux publics?

3.6 La Cour européenne et le port des signes religieux dans les rues et autres lieux publics

Au niveau de la problématique du port des signes religieux dans les rues et autres lieux publics, il semble que la Cour européenne ait décidé d'assouplir la portée de la marge nationale d'appréciation et donc de restreindre la marge de manœuvre des États lorsqu'il s'agit du port des signes religieux dans les lieux publics telles que les rues. L'arrêt *Ahmet*

²¹⁶ *Ibid*

²¹⁷ [Note] Il importe de mentionner que dans le contexte européen, cette forme de soutien étatique pourrait être contestée si l'État ne se soucie du bien-être spirituel que d'un seul groupe de ses agents alors que les principes de non-discrimination requièrent que les besoins légitimes de tous les agents de l'État soient satisfaits de la même manière. Evans, Malcolm, supra note 137, p. 108

*Arslan et Autres c. Turquie*²¹⁸ en est une illustration parfaite. En effet dans cette affaire, le requérant et 127 autres membres du groupe religieux *Aczimendi Tarikatı* avaient été arrêtés et mis en détention provisoire lors d'un pèlerinage à Ankara parce qu'ils circulaient dans les rues de la ville revêtus de la tenue caractéristique de leurs groupes qui était composé d'un *turban*, d'un «saroual» et d'une tunique ample tous de couleur noire. Après l'épuisement des recours internes, les requérants ont saisi la Cour d'une requête pour violation de leur droit à la liberté de religion découlant de leur condamnation pour avoir manifesté leur religion à travers leur tenue vestimentaire dans les rues de la ville.

Bien que la mesure étatique répondait aux critères «prévues par la loi» et qu'elle poursuivait un «but légitime» qui était le respect du principe de la laïcité en Turquie, la Cour européenne a accepté la requête des demandeurs parce que la limitation étatique ne répondait pas au critère de «nécessité dans une société démocratique» et donc, la marge nationale d'appréciation ne pouvait pas être utilisée dans cette instance. En effet, la Cour a statué que les demandeurs n'étaient pas des représentants de l'État qui agissaient dans le cadre leurs fonctions donc, ils ne pouvaient être soumis à une obligation de discrétion au niveau de la manifestation de leur croyance religieuse en public. De plus, il n'y avait aucune preuve démontrant que les requérants troublaient l'ordre public ou s'adonnaient au prosélytisme religieux dans la mesure où ils se sont tenus devant une mosquée pour participer à une cérémonie religieuse sans essayer de faire des pressions sur quiconque pour se joindre à leur religion.

Dans cette même optique, la Cour a tenu à distinguer ce jugement des arrêts *Dalab, Sahin et Kutulmus* [précités] en statuant qu'à l'instar de ces décisions, qui concernaient le port de signes religieux par des fonctionnaires étatiques à l'intérieur des établissements publics, où le principe de neutralité à préséance sur le droit d'un individu de manifester ses croyances religieuses, celui-ci concerne le port des signes religieux dans des lieux publics accessibles

²¹⁸ *Ahmet Arslan et Autres c. Turquie* Requête no. 41135/98

à tous y compris par des non-fonctionnaires. En l'occurrence, l'application des principes relatifs aux restrictions de la liberté de religion contenues au paragraphe 9 (2) doivent être plus souples et moins rigides. Ainsi, la marge nationale d'appréciation ne s'applique pas lorsque des non-fonctionnaires manifestent leurs croyances religieuses dans les rues et de manière plus ou moins discret sans qu'il y ait de tentative de prosélytisme. La prochaine partie de l'analyse examinera le port des signes religieux dans les aéroports, les aéronefs et autres transports publics.

3.7 La Cour européenne et le port des signes religieux dans les aéroports, les avions, les aéronefs et autres transports publics

Au niveau des aéroports, la rigidité de l'approche de la Cour européenne est très présente parce que la sécurité constitue un enjeu non-négociable. À titre d'illustration, nous pouvons citer l'affaire *Phull c. France*²¹⁹ où un requérant de religion Sikhe qui avait été obligé d'enlever son turban pour pénétrer dans la zone d'embarquement d'un aéroport a vu sa requête rejetée par la Cour en raison du fait que la mesure visait à garantir la sécurité dans les aéroports. Par ailleurs, la Cour a ajouté que les modalités relatives à la mise en œuvre des mesures de sécurité entrent dans la marge nationale d'appréciation de l'État français et donc pratiquement indiscutable. La Cour n'a même pas jugé bon d'aborder des possibilités d'accommodements qui auraient pu être considérées pour respecter dans une certaine mesure la liberté de religion du requérant.

En ce qui a trait au port des signes religieux dans les avions et les aéronefs, la Cour européenne n'a pas encore eu à se pencher sur cette question. Cependant, l'affaire *Eweida c. Royaume-Uni*²²⁰ sur laquelle elle doit se prononcer sous peu va combler très bientôt cette lacune jurisprudentielle. Dans cette instance, la demanderesse qui travaillait comme agente d'escale à bord de la *British Airways* et qui avait décidé de porter son crucifix par-dessus

²¹⁹ *Phull c. France*, (2005) no. 35743/03

²²⁰ *Eweida c. Royaume Uni*, No. de requête 48420/10

son uniforme, a été mise à pied pour aussi longtemps qu'elle refuserait de respecter le code vestimentaire de l'entreprise qui interdisait le port de bijoux ou signes religieux visibles. Bien qu'elle ait pu réintégrer son poste au sein de l'entreprise en 2007 en raison du changement de la politique de cette dernière qui désormais, autorisait le port visible de signes religieux ou caritatifs, elle décida quand même de poursuivre la compagnie pour violation de sa liberté de religion. Après que le Tribunal du travail eut rejeté sa requête pour le motif que le port d'une croix n'était pas une obligation que lui imposait la religion chrétienne mais son choix personnel, qu'elle n'avait pas démontré que la politique de la *British Airways* était défavorable aux chrétiens en général et que son autorisation d'appel ait été refusée par la *Court of Appeal*. Elle porta sa cause devant la Cour européenne en alléguant une violation de son droit à la liberté de religion. La décision de la Cour est attendue sous peu avec plusieurs autres instances²²¹.

Le prochain chapitre de ce mémoire consistera en l'analyse des systèmes juridiques des quatre États dans le but de déterminer comment les principes du droit international onusien et européen ont été incorporés au sein de leurs droits internes et quels en sont les impacts au niveau de la protection des droits des justiciables en matière religieuse.

²²¹ *Baechler c. Suisse* No. de requête 66270/09; *Koella Naouali c. Suisse* No. de requête 1317/10; *Al-Zarka c. Suisse* No. de requête 9113/10

Chapitre cinquième

Laïcité, neutralité de l'État, liberté de religion et accommodement religieux au sein des systèmes juridiques du Canada, des États-Unis, de la France et de la Suisse

Introduction

Le débat sur le port des signes religieux en public qui prévaut sur la scène internationale et qui a été traité autant par le droit onusien que celui de l'Europe est d'abord et avant tout tributaire de la controverse que ce sujet suscite au sein des États. En effet, dans plusieurs pays occidentaux, on s'interroge de plus en plus sur la présence du foulard islamique et du *kirpan* sikh dans les écoles, du crucifix dans les salles d'audience et les salles de classe et du *turban* sikh en milieu de travail. Ces questions sont abordées de différentes façons et sont traitées de diverses manières au sein des quatre États qui font l'objet de ce mémoire soient : le Canada, les États-Unis, la Suisse et la France. Ces interprétations divergentes sont fonction de la culture politique et nationale de ces États et de leurs antécédents juridiques, lesquels peuvent avoir un effet marqué sur la latitude accordée en matière de liberté de religion par rapport au concept de sécurité, d'ordre public et de cohésion sociale.

Ce chapitre va tenter d'établir jusqu'à quel point les préceptes du droit international en matière de liberté de religion qui sont décrits plus hauts font partie des droits nationaux des quatre États à l'étude tout en mettant en lumière les similitudes et les différences qui existent au niveau de la façon dont leurs régimes juridiques protègent le fait religieux. Pour ce faire, nous allons dans un premier temps, examiner les facteurs qui ont amené ces États à établir une séparation entre Église et État dans leurs territoires. Dans un second et dernier temps, nous analyserons l'approche de neutralité mise de l'avant par ces États en matière de liberté religieuse ainsi que son corollaire, le droit à l'égalité ainsi que des concepts reliés tels que, l'accommodement raisonnable et la contrainte excessive. Parallèlement, nous essayerons d'établir laquelle des deux perspectives (différentialiste/universaliste) sont prédominants dans les systèmes juridiques respectifs de ces États,

et les valeurs relatives au droit à l'égalité de Fredman qui émergent le plus au sein de leurs systèmes de droit et jusqu'à quel point elles sont pertinentes aux préceptes du libéralisme repensé de Kymlicka en matière d'expression des croyances religieuses dans l'espace public. Nous allons débiter par l'examen du régime juridique de la France, car c'est dans cet État que la notion de «Laïcité de l'État» a vu le jour.

I

Laïcité, liberté de religion, neutralité et accommodement religieux en France

Plus de 200 ans marquent l'histoire de la laïcité en France qui dans sa signification la plus simple, se réfère à un processus social par lequel la religion perd son influence sur l'ensemble de la société au profit de l'État par le biais d'un processus appelé sécularisation²²². Dans ce contexte, il importe de se demander quels sont les facteurs qui ont amené la France à se laïciser ? Quels en ont été les effets aux niveaux de la neutralité de l'État et de l'exercice du droit à la liberté de religion au sein de son territoire? Enfin, est-ce que la laïcité s'oppose au port des signes religieux dans l'espace public? Les réponses à ces questions sont complexes et nécessitent de prime abord un survol du système juridique de la France pour pouvoir déterminer les facteurs ayant contribué à l'émergence de la laïcité, ses fondements juridiques, sa portée, ses limites et ses implications au niveau de l'exercice du droit à la liberté de religion dans cet État.

1.1 Facteurs ayant contribué à l'émergence de la laïcité en France

Durant les événements qui ont marqué *l'Affaire du foulard* en 1986, l'État français a saisi le Conseil d'État, la plus haute instance juridictionnelle du pays quant aux questions relevant du droit administratif, ce qui inclut le port des signes religieux dans les établissements d'enseignement. Dans son avis du 27 novembre 1989²²³ le Conseil d'État a conclu de manière très vague que le principe de laïcité exige de l'État qu'il autorise ses citoyens à

²²² McGoldrick, Dominic, *Human Rights and Religion: The Islamic Headscarf Debate in Europe*, Oregon, Hart Publishing, 2006, p. 34-35

²²³ Conseil d'État, 27 novembre 1989, *Le principe de laïcité et les signes d'appartenance à une communauté religieuse dans les écoles* (Avis), (1991) 3 R.U.D.H. 152 [Conseil d'État, *Le principe de laïcité*]

exprimer leurs croyances religieuses dans l'espace public²²⁴. En l'occurrence, pour le Conseil d'État, la liberté de religion dans le contexte scolaire comprend les droits suivants :

- *Le droit pour les élèves 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 [...]*²²⁵.

Toutefois, cette liberté est assortie des restrictions suivantes :

- *Son exercice [la liberté de religion] 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 [...]*²²⁶.
- *[...] cette liberté ne saurait permettre aux élèves d'arborer des signes d'appartenance religieuse, qui de 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, perturberaient le déroulement des activités d'enseignement et le rôle éducatif des enseignants [...]*²²⁷.

Devant cette reconnaissance non équivoque du droit des nationaux de la France d'exprimer leurs croyances religieuses dans l'espace public, comment expliquer la position rigide adoptée par l'État français quant au port des signes religieux dans l'espace public scolaire? Peut-on l'attribuer à la laïcité ou au républicanisme dont nous avons exploré les fondements dans le chapitre précédent? Un survol de la doctrine s'avère nécessaire pour répondre à cette question.

Selon la littérature, la laïcité française comme principe de distinction du pouvoir temporel avec le pouvoir spirituel trouve ses origines dans un passé lointain²²⁸ et est née de

²²⁴ Ce dernier point a amené l'auteur Dominique Le Tourneau à dire que «l'enseignement est laïc non pas parce qu'il interdit d'extérioriser sa foi ou sa conviction religieuse, mais parce qu'il les tolère toutes». Le Tourneau, Dominique «La laïcité à l'épreuve de l'Islam en France», (1997) 28 R.G.D. 275, p. 290

²²⁵ Conseil d'État, *Le principe de laïcité* supra note 223

²²⁶ *Ibid*

²²⁷ *Ibid*

²²⁸ Assemblée nationale, France, *Rapport fait au nom de la Mission d'information sur la question du port des signes religieux à l'école*, supra note 70, p.12-13. Selon ce rapport, les prémisses de la pensée laïque ont d'abord été élaborées par Jean Bodin et Thomas Hobbes qui exigeaient l'émancipation du

l'entrecroisement de plusieurs facteurs politico-juridiques dont les premiers trouvent leurs origines dans l'adoption de la *Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen du 24 août 1789* issue de la Révolution française²²⁹, dont l'article 10 établit les prémisses du droit à la liberté de religion dans le contexte du maintien de la paix et de l'ordre public²³⁰. À cette réalité historique s'ajoute l'adoption de la *Constitution de 1795* qui soumet l'autorité étatique à la volonté du peuple, introduit une séparation partielle entre l'Église et l'État dans les domaines du mariage, de la santé et de l'éducation tout en interdisant tout support financier de l'Église par l'État²³¹; ou encore, le *Concordat de 1801* entre Napoléon Bonaparte et le Pape Pie VII qui, tout en faisant la paix avec le Vatican, met l'Église sous la tutelle de l'État²³².

Le deuxième facteur trouve son origine dans la laïcisation progressive de l'école publique par Jules Ferry qui, durant la 3^e République, a travaillé au détachement progressif de l'école

pouvoir politique de la tutelle de la religion. Par la suite, John Locke a introduit la notion de tolérance au sein de la laïcité.

²²⁹ *Ibid*

²³⁰ *Ibid*. L'article 10 de la Déclaration se lit comme suit «Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi». *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, France, Assemblée nationale, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp>. Durant la Révolution française de 1789, les biens de l'Église catholique ont été confisqués par l'État français par le biais du *Décret de 1790* et des milliers de membres du clergé ont été tués. Par ailleurs, l'élaboration de la Déclaration aurait donné naissance à un nouveau courant philosophique appelé «l'universalisme abstrait» qui serait le signe distinctif d'un «modèle républicain» français universaliste et laïc opposé au «communautarisme anglo-saxon». Baubérot, Jean, «Liberté, laïcité, diversité – la France multiculturelle» dans Paul, Eid et *Al.*, *Appartenances religieuses, appartenance citoyenne : un équilibre en tension*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2009, p. 13.

²³¹ Aussi appelée la *Constitution du 5 Fructidor, an III, 22 août 1795* qui affirme que «nul ne peut être empêché d'exercer le culte qu'il a choisi. Nul ne peut être forcé de contribuer aux dépenses d'un culte. La République n'en salarie aucun». Cette disposition ne sera jamais appliquée. Assemblée nationale, France, *Rapport fait au nom de la Mission d'information sur la question du port des signes religieux à l'école*, supra note 70, p.15. *Constitution du 5 Fructidor, an III, 22 août 1795*, France, Assemblée nationale, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/constitutions/constitution-de-1795-an3.asp>

²³² Baubérot, J., «The Place of Religion in Public Life: The Lay Approach» dans T., Lindholm et B., G., Tahzib-Lie, dir. *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook*, Leiden, Nijhoff, 2005, p. 441-453. Bonaparte joint unilatéralement au Concordat des articles qui, tout en permettant l'exercice de la liberté de religion retire au catholicisme son caractère de culte officiel. Le système mis en place par Bonaparte concilie des éléments de laïcité avec des éléments de religion civile. Il constitue une sorte de *modus vivendi* qui vise l'apaisement social tout en établissant une séparation progressive de l'État avec l'Église.

publique de l'influence de l'Église²³³. Tout d'abord, par l'introduction de la *Loi du 28 mars 1882 sur l'enseignement obligatoire*²³⁴ qui remplace l'instruction religieuse par l'instruction civique et morale dans les écoles publiques tout en rendant l'enseignement religieux facultatif dans les écoles privées. Ensuite, l'adoption de la *Loi du 30 octobre 1886 portant sur l'organisation de l'enseignement primaire* qui confie à un personnel exclusivement laïc l'enseignement dans les écoles publiques²³⁵. Ces législations ont eu pour effet de débiter la mise en place des structures juridiques au sein desquelles la laïcité allait pouvoir se répandre dans la mentalité populaire en commençant par l'École qui est perçue comme étant le «berceau de la laïcité» et l'institution la plus importante de la République.

Le troisième facteur, et de loin le plus marquant dans l'émergence de la laïcité au sein du paysage religieux français fut l'adoption en décembre 1905 de la *Loi portant sur la séparation de l'Église et l'État* durant la 3^e République²³⁶ qui crée un «pacte laïque», composante fondamentale de la séparation de l'Église et de l'État dans l'imaginaire social français. Son article premier vient renforcer la notion "d'ordre public" en stipulant que «la République assure la liberté de conscience, elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées dans l'intérêt de l'ordre public»²³⁷. Par ailleurs, cette loi relègue le fait religieux dans la sphère privée tout en interdisant la discrimination fondée sur la religion. De plus, elle permet aux groupes religieux de soumettre des demandes auprès des préfetures locales en vue d'obtenir le statut «d'association culturelle» et être

²³³ Ferry, J., *La République des citoyens, I (Recueil des discours présentés par O. Rudelle)*, Paris, Imprimerie Nationale, 1996, p. 456-463

²³⁴ *Loi du 28 mars 1882*, Loi no. 1882-03-28, Legifrance, en ligne : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006070887&dateTexte=20000621>

²³⁵ *Loi du 30 octobre 1886 portant sur l'organisation de l'enseignement primaire*, Loi no. 1886-10-30, en ligne :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006070886&dateTexte=20000621> . Il s'avère important de noter que Jules Ferry était un pacificateur qui ne cherchait pas l'affrontement. Ainsi, il a ordonné l'enlèvement graduel des crucifix dans les salles de classe lorsqu'il n'y avait pas de réaction hostile de la part de la population.

²³⁶ *Loi sur la séparation de l'Église et l'État*, 1905, France, Assemblée nationale, en ligne «www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/MCEBW.htm»

²³⁷ *Ibid*, Article premier

exemptés du paiement de certaines taxes. Elle interdit l'affichage des signes religieux et fait en sorte que le clergé a désormais besoin de la permission expresse de l'État pour faire sonner les cloches des églises. Par ailleurs, son article 3 introduit la notion de laïcité qui est aujourd'hui fondamentale à l'identité nationale de la France ainsi que le principe de neutralité étatique²³⁸. Nous voyons ici les balbutiements de l'idéologie républicaine qui voient le jour par la relégation du fait religieux dans l'espace privé et la promotion de la notion de laïcité à l'avant-plan de l'identité du pays. Toutefois, il convient de mentionner que les paramètres de cette laïcité sont imprécis et sont donc sujets à interprétation.

Le quatrième facteur ayant mené à la naissance de la laïcité en France est identifié au sein du rapport Debré²³⁹ et concerne la lutte qui oppose les «deux France» un phénomène qui, comme nous le verrons plus loin s'observe actuellement dans la province du Québec au sein de l'État canadien en raison de la controverse soulevée par les accommodements raisonnables. Ainsi, la première frange de l'État français est fidèle à l'église catholique ultramontaine et se bat pour le maintien des valeurs du régime prérévolutionnaire. La seconde pour sa part, trouve son origine de l'époque des Lumières et proclame la mise en place d'une laïcité sans compromis qui exige le retrait total de l'Église de la place publique. La querelle de ces deux camps alimentera tout le cours du XIXe siècle en France. Chacun triomphera de manière alternée jusqu'à ce que le différend se résorbe avec l'adoption de la *Loi de séparation de 1905* [précitée]. De plus, la question scolaire occupera une place importante dans cette lutte en raison de l'importance et du rôle de cette institution dans la formation des citoyens. Par ailleurs, le différend opposant les deux camps reprendra encore une fois vers le milieu des années 1980 avec l'affaire du foulard qui sera analysée un peu

²³⁸ [Note]Il convient de mentionner que la *Loi de séparation de 1905* permettait à l'État de payer pour le maintien des bâtiments religieux de l'Église catholique et des synagogues qui sont érigés avant 1905. De plus, cette législation n'interdisait pas à l'État de subventionner les activités d'intérêts publics ou à portée caritative des dénominations religieuses. Il s'avère important de noter également que la *Loi de 1905* ne s'applique pas en Alsace-Moselle qui était sous principauté Allemande durant la promulgation de la Loi et dont le clergé reçoit encore son salaire de l'État parce qu'elle garde encore les principes du *Concordat de Napoléon*. McGoldrick, supra note 222, p. 35

²³⁹ Assemblée nationale, France, *Rapport fait au nom de la Mission d'information sur la question du port des signes religieux à l'école*, supra note 70, p. 16

plus loin dans le cadre de ce mémoire²⁴⁰. À ce niveau de l'analyse, il importe de s'interroger sur les fondements, la portée et les limites juridiques de la laïcité française dans le contexte de la liberté de religion.

1.2 Signification, portée et limites de la laïcité en France

Au niveau constitutionnel, la laïcité s'est cristallisée au sein de l'État de manière durable tout en devenant une valeur fondamentale de ce pays lorsqu'elle a été enchâssée tout d'abord au sein de la *Constitution du 27 octobre 1946*²⁴¹, qui dispose au niveau de son préambule que «l'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État». Par la suite, elle a également été inscrite à l'article Premier de la *Constitution du 4 octobre 1958* : «La France est une République indivisible, laïque, démocratique, et sociale»²⁴². Selon ces deux dispositions, la France est un État laïc qui doit respecter toutes les croyances dans un cadre de reconnaissance des droits individuels. De plus, ces articles font ressortir de manière implicite le précepte «d'universalisme républicain» qui est l'une des caractéristiques fondamentales de l'idéologie identitaire de la

²⁴⁰ McGoldrick supra note 222, p. 42. Ces valeurs universelles sont la liberté, l'égalité et la fraternité qui ont vu le jour avec la Révolution française de 1789 et qui, à l'époque, selon les «Pères de la Révolution» devaient s'imposer à tous. Par ailleurs, c'est en vertu des principes liés aux valeurs universelles du républicanisme que l'État français a émis des réserves à l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et 30 de la *Convention sur les droits de l'enfant* au sein desquelles il nie l'existence de minorités au sein de son territoire. De plus, l'approche française en matière des droits des minorités est responsable de son refus d'adhérer à la *Convention cadre de l'Europe sur les minorités nationales* de 1994 (<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/cadreprincipal.htm>); En 2005, la France a créé la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) qui avait pour fonction de se saisir de toutes les discriminations directes et indirectes interdites par la loi ou par les traités internationaux auxquels la France est partie. Elle a été dissoute le 1^{er} mai 2011 et remplacée par le Défenseur des droits. Observatoire des inégalités «La HALDE est morte vive le Défenseur des droits», Paris en ligne : <http://www.inegalites.fr/spip.php?article1453>. La *Charte européenne sur les minorités linguistiques régionales* (1992) et la *Convention 169 de l'Organisation internationale du travail concernant les peuples tribaux autochtones vivant dans les pays indépendants* (1989). McGoldrick supra note 222, p. 47.

²⁴¹ *Constitution du 27 octobre 1946*, France, IV^e République, Assemblée nationale, en ligne : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1946-ive-republique.5109.html>

²⁴² *Constitution du 4 octobre 1958*, supra note 79, article Premier

France et qui présuppose que la République est une valeur universelle parce qu'elle repose sur des préceptes qui sont imposables à tous les individus sans distinction.

Au niveau de sa signification, la notion de laïcité se réfère à une variété de concepts et a fait l'objet d'une multitude de définitions et de perspectives. Cependant, dans une vision plus contemporaine, nous retenons la définition proposée par le juriste Henri Capitant qui décrit la laïcité comme étant « une conception politique impliquant la séparation de la société civile de la société religieuse, l'État n'exerçant aucun pouvoir religieux et les Églises aucun pouvoir politique »²⁴³. Le terme « laïcité » évoque donc fondamentalement la non-confessionnalité de l'État et l'indépendance absolue du pouvoir politique dans son fonctionnement et son devenir autonome vis-à-vis de toute forme d'inclusion religieuse. C'est donc un principe qui exige la dissociation de la citoyenneté de l'appartenance religieuse tout en coupant tout lien de subordination entre le droit commun et le fait religieux. Ainsi, l'union fusionnelle entre l'État et l'Église est rompue. Il n'existe plus de religion nationale en France, ni d'Église officielle. Les institutions religieuses sont reléguées dans l'espace privé et leurs statuts sont contrôlés par l'État. Du coup, ce dernier doit adopter une approche de neutralité axée sur l'égalité des citoyens et n'endosser aucune croyance, idéologie ou religion particulière.

À ceci s'ajoute le fait que les agents de l'État travaillant dans le domaine des services destinés au public, quels que soient leurs fonctions et statuts sont soumis à un strict devoir de neutralité qui leur interdit le port de tout signe d'appartenance religieuse, même discret durant l'exercice de leurs fonctions. Ils doivent également s'abstenir de toute attitude qui pourrait être interprétée comme une marque d'adhésion ou, au contraire, comme une critique à l'égard d'une croyance particulière. À ce niveau, la neutralité de l'État français s'oppose à celle du Canada qui, comme nous le verrons plus loin, est caractérisée par un

²⁴³ Barbier, Maurice, *La laïcité*, Paris L'Harmattan, 1995, p. 81

système moins rigide, plus inclusif et plus tolérant quant à l'expression des croyances religieuses dans l'espace public.

Dans ce même ordre d'idées, en dépit de sa rigidité, la laïcité française ne s'oppose pas au fait que l'État subventionne les écoles confessionnelles, à prime à bord chrétiennes. En effet, par le biais d'un système juridique appelé «école privée sous contrat» qui comporte un «contrat simple» et un «contrat d'association», l'État français rémunère les enseignants des écoles privées confessionnelles à raison des diplômes qu'ils possèdent²⁴⁴. Dans le cas du «contrat simple» l'établissement scolaire conserve une certaine autonomie dans l'organisation de l'enseignement et la répartition horaire des matières enseignées. La surveillance de l'État français se limite alors à un contrôle pédagogique et financier conformément à l'article 5 du *code de l'Éducation nationale*²⁴⁵. Le «contrat d'association» pour sa part, entraîne pour l'établissement scolaire l'obligation d'aligner son enseignement sur celui dispensé dans les écoles publiques. En contrepartie, l'État français assure les dépenses de fonctionnement sur les mêmes bases que celles qui sont en vigueur dans les institutions scolaires publiques. Ces règles ne remettent toutefois pas en cause l'existence du caractère confessionnel de ces établissements qui peuvent exprimer leurs vocations dans les activités extérieures ou parfois intérieures au domaine sous contrat.

À notre avis cet état de fait illustre le caractère ambigu et contradictoire de la laïcité française qui, pendant qu'elle prohibe la présence du fait religieux dans l'espace public et interdit le financement des institutions religieuses ne s'y oppose pas au niveau de l'espace scolaire. Il nous est également aisé de comparer la laïcité française au libéralisme classique qui pendant qu'il peut rejeter une réalité sociale (telle que la religion) de l'espace public peut également l'accepter sous un autre angle et/ou dans un domaine de la vie sociale (les institutions scolaires) avec des raisons toutes aussi valables les unes que les autres. C'est

²⁴⁴ Assemblée nationale, France, *Rapport fait au nom de la Mission d'information sur la question du port des signes religieux à l'école*, supra note 70, p. 24

²⁴⁵ Article 5, *code de l'Éducation nationale*, L.442-12

donc dire que la laïcité française n'est pas aussi neutre que l'on voudrait le faire croire, surtout si on la compare à la neutralité américaine que nous examinerons plus loin.

Dans un autre ordre d'idées, le principe de laïcité a également pour but de protéger l'individu des pressions exercées par la religion ainsi que du prosélytisme religieux en société, et requiert de l'État la mise en œuvre de mesures positives pour respecter les diverses croyances, s'abstenir de promouvoir ou d'imposer une idéologie particulière et réserver un traitement égal à toutes les religions ainsi qu'à leurs adhérents²⁴⁶. Par ailleurs, cette approche a été confirmée par le Conseil d'État français dans son avis du 27 novembre 1989 lorsqu'il a conclu que «le principe de laïcité implique nécessairement le respect de toutes les croyances»²⁴⁷. Selon cette logique, la religion relèverait de la perspective du libéralisme classique et du républicanisme dans la mesure où c'est une affaire privée et personnelle qui concerne les convictions intérieures des individus. En l'occurrence, ces constatations nous permettent de dire que la laïcité française vise à protéger la dignité inhérente à tout être humain que l'on retrouve au sein du cadre conceptuel de Fredman et impose une obligation positive à l'État d'agir en ce sens.

Par ailleurs, la mise en œuvre de la laïcité est largement tributaire des réalités politiques, historiques et sociales de l'État où elle s'inscrit. Ainsi, dans le contexte républicain où elle évolue, la laïcité française n'est pas sans ambiguïtés, contradictions ou limites²⁴⁸. En effet, bien qu'à la fin des années 1930, le Conseil d'État ait pu tolérer qu'une enseignante porte une croix en partie dissimulée sous ses vêtements, il a subséquemment donné son aval à l'approche plus restrictive préconisée par l'État français dans sa circulaire du 12 décembre

²⁴⁶ McGoldrick, supra note 222, p. 35

²⁴⁷ Conseil d'État, 27 novembre 1989, supra note 223

²⁴⁸ Henri, Pena-Ruiz, «Contre la révision de la Loi de 1905», (2004) *Regards sur l'actualité*, 298. Le concept de laïcité semble aujourd'hui faire l'objet de deux dérives contradictoires. D'une part, elle est conçue par certains comme étant une politique de tolérance axée sur la perspective communautariste. D'autre part, certains exigent le retrait de tout signe religieux dans l'espace public sous la base de cette même laïcité. Nous voyons encore une fois la lutte entre les «deux France» qui est mentionné dans le Rapport Debré [précité].

1989 qui soutenait que le personnel scolaire devait s'abstenir d'afficher publiquement «toute marque distinctive de nature philosophique, religieuse ou politique»²⁴⁹. Alors que cette approche est conforme au droit européen, elle n'est pas tout-à-fait compatible au droit onusien. Par ailleurs, les acteurs du milieu politique n'hésitent pas à se saisir de ces ambiguïtés pour avancer des lois visant à promouvoir une laïcité plus rigide et moins tolérante quant à la présence du fait religieux dans l'espace public comme nous le verrons un peu plus loin durant notre examen de l'affaire du foulard.

L'un des aspects essentiels de l'interprétation que fait la France du droit à la liberté de religion dans le contexte de la laïcité est la définition de ce droit en tant que liberté publique établie et délimitée exclusivement par les lois de l'État²⁵⁰. Par conséquent, les citoyens doivent affirmer leur allégeance ou sentiment d'appartenance à l'État d'abord et aux institutions religieuses ensuite. Ce principe fait en sorte que toute forme d'expression de la liberté de religion existe dans les limites prescrites par la laïcité de l'État. Cette forme de laïcité est souvent la source de tensions entre majorité et minorités religieuses en France.

S'agissant justement de tensions religieuses, une autre des limites de la laïcité française réside dans le fait qu'elle est basée sur la *Loi de séparation de 1905* [précitée], une législation ancienne, qui a été mise en œuvre pour régir les institutions religieuses chrétiennes et n'est donc pas toujours appropriée pour régler les réalités liées aux religions non-chrétiennes. Dans les villes de Paris et de Marseille par exemple, la construction de nouveaux lieux de prière étant très difficile, les mosquées sont donc situées dans des emplacements exigus (tels que des sous-sols, des hangars ou des vieux casernes de

²⁴⁹ *Circulaire du 12 décembre 1989 du ministre d'État, ministre de l'Éducation nationale, de la jeunesse et des Sports*, J.O., 15 décembre 1989, 15577; Conseil d'État, 28 avril 1938, *Dlle Weiss*, Rec. 1939, 379; Conseil d'État, 3 mai 2000, *Marteaux*, Rec. 2000. 169 – Dans cette affaire, le Conseil d'État a maintenu le licenciement d'une surveillante qui portait un foulard dans l'enceinte de l'établissement d'enseignement où elle travaillait. Il s'avère important de noter qu'un régime différent s'applique en milieu universitaire où les professeurs jouissent de la liberté d'expression. Par ailleurs, le Conseil d'État ne s'oppose pas à ce que les étudiants universitaires puissent porter des signes religieux dans les enceintes de l'université. Voir Conseil d'État, 26 juillet 1996, *Université de Lille II*, no. 170106

²⁵⁰ Troper, Michel, «French Secularism, or Laïcité» (2000), 21 *C.L. R.*, p. 1267

pompier) et ne laissent guère le choix aux fidèles que de sortir dans les rues pour pouvoir faire face à la Mecque durant leurs moments de prière. Ce fait a amené l'État français à adopter une politique publique interdisant les prières musulmanes dans les rues du pays²⁵¹, pendant que les demandes de permission pour la construction des lieux de prière sont difficiles à obtenir et sont souvent annulées par les tribunaux pour des motifs aussi simples que le manque d'espace de stationnement, l'insuffisance de documents graphiques permettant d'apprécier l'insertion du projet de construction par rapport aux constructions avoisinantes²⁵², que pour des raisons plus générales associées à la violation des principes de laïcité ainsi qu'aux règlements d'urbanismes²⁵³. Ainsi, pendant que la laïcité peut être utilisée pour promouvoir les acquis de la chrétienté en matière religieuse, elle peut également prendre la forme d'une «laïcité de combat» qui interdit l'expression des croyances religieuses dans l'espace public dans certaines situations liées aux revendications des religions non-chrétiennes minoritaires. Dans cette logique, des structures sociojuridiques qui ont été conçues à partir des préceptes du christianisme (tels que les règlements d'urbanisme entre autres) sont employées pour restreindre les revendications des groupes religieux minoritaires. De plus, une atmosphère de tensions voire même de conflits à saveur politique avec les membres de l'extrême droite du pays sert souvent de toile de fond dans de telles circonstances²⁵⁴.

²⁵¹ Robert, J. «Religious Liberty and French Secularism» (2003) *Brig. Young U. L. R.*, p. 456; France «Claude Guéant: Une laïcité respectée pour renforcer la cohésion nationale», France Portail du Gouvernement, 19 avril 2011 en ligne : <http://www.gouvernement.fr/gouvernement/claude-gueant-une-laicite-respectee-pour-renforcer-la-cohesion-nationale>. Il convient de noter que le Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration a justifié cette politique en disant que la prière dans les rues constituait une violation des principes de laïcité sans toutefois mentionner comment ni considérer si cette politique était un acte de non-respect aux croyances religieuses minoritaires. De plus, il n'a fait aucune mention des façons dont la minorité religieuse musulmane pourrait être accommodée dans ses déclarations publiques.

²⁵² Cour administrative d'appel de Lyon, *M. et Mme X c. Commune D'Annecy*, 6 mars 2012 (Requête) No. 10LY02856; Tribunal administratif de Marseille, *Sarl, Boyauderie Triperie Méditerranéenne et autres*, 20 octobre 2011, (Requête) No. 1001661, 1104204

²⁵³ Tribunal administrative de Marseille, *Ville de Marseille*, 17 avril 2007, (Requête) No. 0605998; 0606190; 0608297

²⁵⁴ Fetzer, J.S. J.C. Cooper, *Muslims and the State in Britain, France and Germany*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 70

Dans ce même ordre d'idées, l'affaire du foulard constitue une autre limite importante de la laïcité française en raison de la façon dont l'État français s'est servi des contradictions relatives à cette notion pour prendre position contre le port des signes religieux dans l'espace public²⁵⁵. Cette affaire a débuté en 1986, lorsque trois étudiantes qui fréquentaient le Collège Gustave-Havez de Creil et qui avaient accepté d'enlever leurs voiles dès qu'elles franchissaient la porte de la salle de classe ont décidé de s'opposer à cet arrangement et du même coup, se sont vues interdire l'accès à l'école²⁵⁶. Après que le Conseil d'État ait statué qu'il n'y avait pas de contradiction entre laïcité et l'expression des croyances religieuses dans l'espace public [précité], le ministre de l'éducation de l'époque François Bayrou a émis en date du 20 septembre 1994 une *Circulaire* dans laquelle il réaffirme en des termes très généraux le caractère laïc et républicain de l'État français tout en condamnant l'existence de communautés séparées au sein du pays ainsi que la présence et le port des signes religieux ostentatoires au sein des établissements d'enseignements publics²⁵⁷. Du même coup, il condamne la perspective communautarienne au profit du républicanisme et laisse sous-entendre la direction politique que va prendre la France quant à l'expression des croyances religieuses dans l'espace public.

Par ailleurs, devant la recrudescence du débat sur la présence des signes religieux en public, l'État français a créé deux Commissions pour examiner la question et faire des recommandations. Tout d'abord, la Commission Debré qui avait pour mandat d'examiner précisément la présence des signes religieux dans les écoles et qui a d'ailleurs recommandé

²⁵⁵ Lalouette, Jacqueline, «Anticléricalisme et laïcité» dans Becker, Jean-Jacques, Candar, Gilles, dir. *Histoire des gauches en France*, Paris, La Découverte, 2005, p. 646

²⁵⁶ «Trois jeunes musulmanes exclues d'un collège de Creil», *Le Monde* (6 octobre 1989) p. 15; Raphaëlle, Rerolle, «Trois jeunes musulmanes élèves d'un collège de Creil. Trois foulards contre la sérénité laïque», *Le Monde*, (7 octobre 1989) p. 13

²⁵⁷ Ministère de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche, *Circulaire du 20 septembre 1994 relative au port des signes ostentatoires dans les établissements d'enseignement* (circulaire Bayrou), France, Ministère de l'éducation, 20 septembre 1994, en ligne : <http://www.islamlaicite.org/article134.html>

de les bannir au sein des institutions scolaires publiques du pays²⁵⁸. Ensuite, la Commission Stasi [ci-après la Commission] qui avait un mandat plus large qui consistait à réfléchir sur l'application du principe de laïcité au sein de la République. Un rôle qui sera significatif dans la prise de position de la France quant à la question du port des signes religieux en public. À ce niveau de l'analyse, il convient d'examiner de manière plus approfondie l'influence de cette commission dans l'orientation politique de l'État français quant à la problématique qui nous préoccupe.

1.2.1 La Commission Stasi : Élément décisif quant à la prise de position de l'État français sur le port des signes religieux dans l'espace public

Créée en juillet 2003, la Commission Stasi avait pour mandat d'examiner les questions suivantes : (1) Les mesures susceptibles de favoriser une mise en œuvre paisible de la laïcité qui seraient garantes de cohésion nationale et du respect des différences; (2) les mesures nécessaires à renforcer la laïcité au sein de l'école républicaine; (3) la clarification des règles et des devoirs qui s'imposent à chacun au sein des établissements scolaires et des universités; (4) d'une manière plus large, donner un sens concret aux exigences qu'implique le principe de laïcité au niveau de la neutralité des services publics, le respect du pluralisme, la liberté religieuse [...]; et (5) le renforcement de la cohésion et de la fraternité entre les citoyens, l'égalité des chances, le refus des discriminations, l'égalité entre les sexes et la dignité de la femme²⁵⁹.

Après avoir mené des consultations publiques auprès de 140 intervenants, la Commission a émis le constat que les fondements du pacte social sont sapés; le repli communautaire prend de plus en plus d'importance dans la société; la situation des femmes et des jeunes filles est

²⁵⁸ France, *Mission d'information sur la question du port des signes religieux à l'école*, France, Assemblée nationale, 4 octobre 2004

²⁵⁹ France, *Commission de réflexion sur le principe de laïcité dans la République : Lettre de mission*, France, 3 juillet 2003, p. 1-3

en régression; l'islamophobie, l'antisémitisme et la xénophobie sont à leur niveau le plus élevé au pays²⁶⁰.

À ces constats généraux s'ajoutent le fait que le rapport de la Commission mentionne un recul considérable de la laïcité en France. Par exemple, dans les écoles, le rapport stipule qu'on assiste à la présence ostensible de signes religieux ainsi qu'à des demandes d'interruption de cours et d'examen pour des motifs de prière ou de jeûne; des élèves se présentent de plus en plus avec des certificats médicaux pour se faire dispenser des cours d'éducation physique et sportive pendant que l'autorité des enseignants est de plus en plus contestée par les parents et les élèves²⁶¹. Dans les hôpitaux, la Commission fait état d'oppositions à des transfusions sanguines; de refus de certains hommes et ou femmes de se faire soigner par des médecins de sexe féminin ou masculin alors que les couloirs sont transformés en lieux de prière²⁶². Dans la fonction publique, de plus en plus de fonctionnaires demandent de porter le voile ou la *kippa* en milieu de travail²⁶³. Bref, la Commission qualifie la situation qui prévaut dans le pays «d'une panne d'intégration sociale» des immigrants qui nuit non seulement à la laïcité républicaine mais également à la cohésion sociale²⁶⁴.

Dans cette même logique, le rapport contient une série de propositions visant à remédier à la situation qui prévaut au sein de l'État, y compris : interdire les signes religieux dans les établissements scolaires parce qu'ils sont porteurs d'un message incompatible avec la cohésion sociale²⁶⁵; affirmer le strict respect du principe de neutralité par tous les fonctionnaires²⁶⁶; interdire formellement la récusation du personnel soignant dans les

²⁶⁰ France, *Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la république*, France, Assemblée nationale, Rapport soumis le 11 décembre 2003, [ci-après la Commission Stasi] en ligne : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/034000725/0000.pdf>

²⁶¹ *Ibid* p. 40-41

²⁶² *Ibid* p. 42

²⁶³ *Ibid* p. 43

²⁶⁴ *Ibid* p. 35

²⁶⁵ *Ibid* p.58

²⁶⁶ *Ibid* p. 56

hôpitaux sur la base des croyances religieuses²⁶⁷; légiférer sur la nécessité de promouvoir la mixité dans les lieux publics, y compris durant les activités sportives²⁶⁸. En bref, le rapport exige de retirer la présence du fait religieux dans l'espace public au nom de la cohésion sociale tout en faisant peu de cas de la condition socioéconomique difficile des minorités religieuses, des politiques d'intégration de la France qui ressemblent davantage à de l'assimilation qu'à une véritable intégration respectueuse de la diversité culturelle qui est pourtant une des principales caractéristiques de ce pays²⁶⁹.

Les constats mentionnés ci-haut nous amène à dire que c'est sur la base du caractère imprécis de la décision du Conseil d'État du 27 novembre 1989 [précitée], des résultats du rapport de la Commission Stasi qui affirment que le foulard islamique est porteur d'un message incompatible avec la mission de l'école publique et des contradictions inhérentes à la laïcité française même que l'État s'est appuyé pour adopter en 2004 la *Loi encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics* qui, comme son titre l'indique, interdit le port des signes et des tenues qui manifestent ostensiblement une appartenance religieuse dans les établissements scolaires²⁷⁰. Toutefois, cette loi ne s'oppose

²⁶⁷ *Ibid* p. 61

²⁶⁸ *Ibid* p. 56

²⁶⁹ [Note] Au niveau socioéconomique, la recherche stipule que les minorités religieuses, en particulier les musulmans sont surreprésentés dans le milieu carcéral en France alors que beaucoup d'entre eux sont au chômage. De fait, plus de deux millions de français de religion musulmane vivent dans des banlieues ou «quartiers difficiles» caractérisés par un haut niveau de criminalité et de pauvreté que certains auteurs n'hésitent pas à qualifier de «ghetto». Également, alors que le modèle d'intégration de la France cherche à «transformer» les immigrés en citoyen français à part entière le plus vite possible en exigeant d'eux la mise de côté des valeurs de leur culture d'origine pour adopter les valeurs de la république dans l'espace public, il fait très peu de cas du fait que les nouveaux arrivants et leurs enfants continuent à être victimes de discrimination et d'exclusion. Les données de la Commission nationale consultative des droits de l'homme sont très révélatrices à ce sujet. En effet, en 2007, il y a eu plus de 400 actes d'anti-sémitisme en France, alors que les individus d'origine nord-africaine de religion musulmane font l'objet de 36 actes de violence et de plus de 99 menaces. Voir : McGoldrick supra note 222, p. 50; Commission nationale consultative des droits de l'homme, *Rapport d'activités 2007 sur le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie*, France, République française, 2007, en ligne : <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/084000167/0000.pdf>

²⁷⁰ Le Tourneau, supra note 224, p. 282; *Loi no. 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles,*

pas au droit des élèves de porter des signes religieux discrets, cachés sous les vêtements. De plus, elle n'interdit pas que les élèves invoquent leurs convictions religieuses pour s'opposer à un enseignement, à l'obligation d'assiduité et/ou aux modalités d'un examen²⁷¹.

Par la suite, l'État français a poursuivi sur la même lancée en adoptant en 2011 la *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*²⁷² qui prohibe le port du voile intégral en public après avoir obtenu au préalable l'assentiment du Conseil constitutionnel. En effet, ce dernier, dans son avis du mois d'octobre 2010, a stipulé que :

*"Le législateur a estimé que les pratiques de dissimulation du visage dans l'espace public, auparavant quasi inexistantes, peuvent constituer un danger pour la sécurité publique et méconnaissent les exigences minimales de la vie en société; qu'il [le législateur] a également estimé que les femmes dissimulant leur visage, volontairement ou non, se trouvent placées dans une situation d'exclusion et d'infériorité manifestement incompatible avec les principes constitutionnels de liberté et d'égalité [...]"*²⁷³.

En d'autres termes, ce sont les considérations liées à la sauvegarde de l'ordre public, au maintien de la cohésion sociale ainsi qu'à la préservation de l'égalité des sexes qui ont amené la plus haute instance judiciaire de l'État français à justifié la constitutionnalité de cette législation. Le Conseil a toutefois stipulé que la portée de cette législation s'arrête

collèges et lycées publics, J.O., 17 mars 2004, 5190 [Loi no. 2004-228 du 15 mars 2004]. Cette loi a vu le jour après la soumission des rapports Debré et Stasi [précités].

²⁷¹ Ministère de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche, *Port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics*, Circulaire no. 2004-084 du 18-5-2004 JO du 22 s-2004, Bulletin officiel, No.21 du 27 mai 2004, en ligne : <http://www.education.gouv.fr/bo/2004/21/MENG0401138C.htm>

²⁷² *Loi no. 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, J.O. 7 octobre 2010, [Loi no.2010-1192 du 11 octobre 2010] en ligne : <http://www.legislation-psy.com/spip.php?article2534>. Le non-respect des dispositions de cette loi peut entraîner des amendes ainsi que l'obligation de suivre un cours sur la citoyenneté française. Par ailleurs, cette législation prévoit au sein de son article 4 que dans les cas où il y aurait dissimulation forcée du visage, la personne coupable sera punie d'un an d'emprisonnement et de 30 000€ d'amende. Si c'est un mineur qui est forcé de dissimuler son visage, la peine sera de 60 000€ d'amende accompagnée de 2 ans de prison.

²⁷³ Conseil Constitutionnel, 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public* (Avis), (2010) Décision no. 2010-613 DC [Conseil constitutionnel, *Loi interdisant la dissimulation du visage*] §4 en ligne : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2010/2010-613-dc/decision-n-2010-613-dc-du-07-octobre-2010.49711.html>

«dans les lieux de culte ouverts au public» qui ne sont pas considérés comme des «espaces publics» au sens de la loi.

La lecture du contenu de ces deux lois permet de voir d'entrée de jeu qu'elles visent principalement certaines religions minoritaires non-chrétiennes tels que l'Islam, le Sikhisme et le Judaïsme orthodoxe dans la mesure où les préceptes de ces religions exigent le port de signes religieux «non discrets» dans les lieux publics. Cette réalité peut, à notre avis, encourager le profilage religieux, la discrimination indirecte ainsi que l'exclusion et la marginalisation des femmes musulmanes ayant décidé de porter le voile. Cette affirmation est particulièrement vraie dans le cas de la Loi de 2011 qui, depuis son adoption a eu pour conséquence la mise en accusation de plusieurs femmes musulmanes en raison du port de la *burqa* en public alors qu'aucun homme n'a été trouvé coupable d'avoir encouragé sa femme ou sa fille à la porter. Par ailleurs, ces mesures législatives auraient été déclarées discriminatoires par les systèmes juridiques du Canada et des États-Unis qui, comme nous le verrons plus loin ont une définition plus large de la notion de discrimination alors que leurs systèmes juridiques sont plus familiers avec le principe du respect des différences, y compris la notion d'accommodement raisonnable qui a joué un grand rôle dans la préservation et l'avancement des droits des minorités religieuses au sein de leurs territoires.

Du point de vue de la gouvernance, les questions relatives à l'impact de la loi de 2011 [précitée] sur l'avenir des femmes voilées ou même leur intégration et leur participation au sein du pays n'ont pas été prises en considération dans l'avis du Conseil constitutionnel²⁷⁴. En effet, dans la mesure où les femmes portant le voile intégral représentent une très petite proportion de la population française, il importe de se demander était-il vraiment nécessaire de dépenser les fonds public pour adopter une législation spécifique portant sur un si petit nombre d'individus? D'autant plus que ces femmes sont souvent l'objet de pratiques

²⁷⁴ Certains auteurs affirment que c'est l'adoption de ces mesures qui a mené à l'échec du système d'intégration de l'État français et qui aurait du même coup provoqué la révolte populaire de 2005 où 28 000 véhicules auraient été brûlés et des centaines de propriétés endommagées en France. McGoldrick supra note 222, p. 50

d'exclusion et de discrimination dans l'espace public en raison de leur apparence et de leur tenue vestimentaire. En adoptant une telle législation, ne serait-on pas en droit de se demander si la France ne serait pas en train de violer l'un des préceptes fondamentaux de sa laïcité qui exige le respect de toutes les croyances? Une législation ayant un effet aussi disproportionné sur des groupes spécifiques et vulnérables de la population que sont les femmes et les jeunes filles musulmanes peut à notre avis constituer une sérieuse entorse à la neutralité de l'État dans la mesure où cette notion vise l'égalité, l'inclusion et la participation de tous.

En somme, nous pouvons dire que la laïcité française a introduit trois grands éléments au sein du paysage juridique de cet État. Premièrement, elle associe la religion à une association et son influence dans la société ne dépasse pas le rôle d'intervention permis à ces structures. Deuxièmement, les préceptes moraux qui sont issus du dogme religieux ne sont plus imposés ni combattus par l'État qui garde une attitude neutre par rapport au fait religieux dans l'espace public. Troisièmement, la liberté de conscience et de religion fait maintenant partie des libertés publiques et jouit de la même reconnaissance juridique que les autres droits et libertés fondamentaux liés aux droits humains.

Dans un autre ordre d'idées, le républicanisme français qui se trouve au cœur de l'identité nationale du pays est axé sur l'égalité formelle des citoyens, c'est-à-dire qu'il reconnaît la dignité inhérente à tout être humain selon le premier précepte de la perspective de Fredman sans tenir compte de la notion de respect de la différence qui est si chère à l'égalité réelle. De plus, il s'inscrit dans la perspective universaliste des droits humains dans la mesure où il cherche à traiter tous les individus de la même manière sans tenir compte de certaines différences pouvant être sources d'inégalités au niveau des conséquences réelles des traitements individuels. Il ne reconnaît pas les droits collectifs et s'oppose de manière catégorique à la notion de communauté qui est fondamentale à la promotion de ces droits. En l'occurrence, nous sommes d'avis que c'est, entre autres choses, principalement sur la

base de ce républicanisme anti-communautarien que la France a adopté une telle position à l'égard de l'expression des croyances religieuses dans l'espace public.

La prochaine section de cette recherche examinera comment est-ce que la laïcité républicaine de la France s'insère au sein du droit à la liberté de religion en France par l'analyse de la portée et des limites de ce droit.

1.3 Le droit à la liberté de religion en France

La problématique de la place qu'il convient d'accorder à la religion dans l'espace public laïc est une question qui perdure en France depuis des années, tant elle est d'actualité. En effet, pendant que des voix s'élèvent pour interdire la présence de la religion dans l'espace public, d'autres ne partagent pas cet avis. Dans ce contexte, il nous paraît nécessaire de nous demander que signifie le droit à liberté de religion en droit interne français et quelle place lui est accordé dans le régime juridique laïc de cet État?

En France, la liberté de religion est une composante fondamentale de la laïcité de l'État. Dans cette optique, les paramètres relatifs à sa portée et à ses limites se trouvent enchâsser au sein de la *Constitution de 1958*²⁷⁵, de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*²⁷⁶ ainsi que dans le préambule de la *Constitution de 1946*. De fait, l'article premier des constitutions de 1958 et de 1946²⁷⁷ sont similaires dans la mesure où ils réaffirment dans les perspectives du libéralisme classique et du républicanisme le caractère laïc de l'État français tout en reconnaissant les valeurs démocratiques d'égalité, y compris l'égalité entre les sexes et la non-discrimination en particulier, sur la base de la religion :

²⁷⁵ *Constitution de la République française*, 4 octobre 1958, supra note 79 ;

²⁷⁶ *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, supra note 230

²⁷⁷ *Constitution de la République française*, 27 octobre 1946, Assemblée nationale, France, 4^e République, en ligne : <http://mjp.univ-perp.fr/france/co1946-0.htm>

‘La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l’égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d’origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée’.

‘La loi favorise l’égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu’aux responsabilités professionnelles et sociales’.

Quant à la *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789*, pendant qu’elle reconnaît la liberté de religion, elle fait état des limitations qui s’attachent à l’exercice de ce droit. Ainsi, son article 10 stipule que *‘Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l’ordre public établi par la Loi’*. Également, les dispositions de l’article 4 vont encore plus loin au niveau des restrictions relatives à ce droit en mentionnant que :

La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l’exercice des droits naturels de chaque homme n’a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société, la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.

L’exercice de la liberté de religion dans l’espace public en France a pour limites importantes, la nécessité de ne pas nuire aux droits d’autrui ainsi qu’à la cohésion sociale. Par ailleurs, cette notion de cohésion sociale est d’une importance particulière ici car elle est l’une des assises principales de l’idéologie républicaine qui caractérise l’État français.

Le régime juridique français reconnaît également un caractère fondamental à la liberté de conscience et de religion. En effet, dans une décision datant de 1977 qui portait sur la liberté de religion dans le secteur de l’enseignement, le Conseil constitutionnel a statué que *‘la liberté de conscience et donc, de religion doit [...] être regardée comme l’un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République’*²⁷⁸. Par ailleurs, le droit français suit l’approche des droits onusien et européen dans la mesure où les concepts de ‘secte’ ou de ‘religion’ ne sont pas définis. Cette réalité est due au fait que la laïcité française accepte toutes les croyances (à l’exception de celles pouvant mettre en danger

²⁷⁸ Décision no. 77-87 DC du 23 novembre 1977, G.D. No. 25; confirmée par la décision no. 2001-446 DC du 27 juin 2001, G.D. No. 23

l'État ou les individus) et donc, définir ces notions pourraient restreindre les croyances qui sont protégées et exclure certains groupes religieux²⁷⁹. À ce niveau, nous pouvons dire que le système juridique français est similaire aux systèmes juridiques onusien et européen ainsi qu'à ceux des États-Unis, du Canada et de la Suisse qui accordent un caractère absolu à la liberté de croyance comme nous le verrons plus loin.

Au niveau de la portée du droit à la liberté de religion, la doctrine suggère qu'elle implique qu'un individu peut modifier ou adapter sa conduite en fonction de ses croyances religieuses en privé ou en public, faute de quoi, ce droit serait nul et sans effet²⁸⁰. De plus, les tentatives de coercition et de persécution à l'encontre d'un adhérent à une religion sont punies sévèrement par le système de justice pénal de la France. En effet, l'article 31 de la *Loi de 1905 de séparation entre les Églises et l'État* exige des sanctions pénales contre quiconque chercherait à empêcher un individu d'exercer son droit à la liberté de religion dans le territoire français²⁸¹. Selon cette perspective, l'État français a une obligation positive de garantir le libre exercice de la religion sous conditions des restrictions contenues explicitement dans la loi, les politiques publiques ainsi que dans l'intérêt de maintenir l'ordre au sein de l'État. Il doit également s'assurer qu'aucun groupe religieux n'est victime de persécution ou de coercition.

²⁷⁹ Garay, Alain et Al., «The Permissible Scope of Legal Limitations on the Freedom of Religion or Belief in France» (2005), 19, E.I.L.Rev., 802

²⁸⁰ *Ibid* 797

²⁸¹ L'article 31 de la Loi de séparation se lit comme suit : *seront punis d'une amende de seize francs à deux cents francs et d'un emprisonnement de six jours à deux mois ou de l'une de ces deux peines seulement ceux qui, par voie de fait, violences ou menaces contre un individu, soit en lui faisant craindre de perdre son emploi ou d'exposer à un dommage sa personne, sa famille ou sa fortune, l'auront déterminé à exercer ou à s'abstenir d'exercer un culte, à faire partie ou à cesser de faire partie d'une association culturelle, à contribuer ou à s'abstenir de contribuer aux frais d'un culte. Loi du 9 décembre de 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État, Assemblée nationale, France, en ligne : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006070169&dateTexte=20080306>. La doctrine suggère que cette disposition avait été adoptée pour contrer les tentatives de coercition et de persécution de l'Église catholique qui est restée très puissante en France et ce, malgré la Révolution de 1789. Garay, Alain et Al., supra note 279, p. 805*

Dans cette même optique, en dépit de l'adoption de lois visant à restreindre la présence de signes religieux dans l'espace public et du débat intense qui persiste dans cet État quant à cette problématique, le Conseil d'État fait une interprétation très large quant aux diverses formes d'expressions religieuses pouvant avoir lieu dans l'espace public de cet État. De fait, dans son avis du 27 novembre 1989, le Conseil a jugé que le port du foulard par les élèves était une forme d'expression des croyances religieuses qui était compatible avec le principe de laïcité de l'État français [précité]. Également, dans une décision qui allait considérablement changé le paysage religieux de l'Alsace-Moselle, le Conseil d'État a reconnu dans son avis du 16 novembre 1993, que les congrégations religieuses pouvaient être reconnues juridiquement par un simple décret du premier ministre du pays²⁸². De plus, le Conseil a également jugé acceptable les temps d'absence accordés aux élèves fréquentant les écoles publiques ainsi qu'aux fonctionnaires de l'État pour des raisons religieuses²⁸³. Toutefois, dans la décision *Demoiselle Marteaux*, le Conseil a jugé que le fait pour un agent de l'enseignement public d'arborer un signe religieux dans l'exercice de ses fonctions constitue un manquement à ses obligations professionnelles dans la mesure où il ne respecte pas la neutralité de l'État qu'il représente²⁸⁴. À ce niveau, le système juridique français adopte jusqu'à un certain point la même perspective que celui de la Suisse et des États-Unis en ce qui a trait à la portée de l'obligation de neutralité des fonctionnaires de l'État.

²⁸² [Note] Il s'avère important de noter que pour pouvoir jouir d'une reconnaissance juridique en France les groupes religieux qui en font la demande doivent respecter cinq critères : (1) l'engagement des membres et l'organisation d'activités de nature religieuse; (2) l'existence de cérémonies, de rites religieux et de vœux religieux; (3) une vie religieuse axée sur une règle communale unique; (4) disposer de (possible) vêtements religieux; (5) vénérer et être soumis à un être religieux supérieur. Toutefois, un groupe religieux qui rencontre ses conditions peut recevoir un refus de reconnaissance uniquement sur la base de l'ordre public. Garay, Alain et Al., supra note 279, p.793

²⁸³ Conseil d'État, Avis du 14 avril 1995 (deux espèces), *Consistoire central israélites de France et autres, et Koen*, R.F.D.A. 1995, p.58. Également, les autorités étatiques permettent aux fonctionnaires de s'absenter du travail pour des raisons religieuses. Voir : France, *Circulaire du 3 février 2000*, Ministère de l'éducation, B.O. Éducation nationale, 3 février 2000

²⁸⁴ Conseil d'État, Avis du 3 mai 2000, *Demoiselle Marteaux*, R.R.J. 2001. Une analyse plus approfondie de cet arrêt ainsi que des principes qui en découlent sera effectuée dans le prochain chapitre de ce mémoire.

Au niveau des limites relatives à la liberté de religion en France, l'article 10 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* [précitée] établit que l'énoncé 'ordre public établi par la loi' constitue la principale limite à la manifestation des opinions et croyances religieuses en droit français, mais qu'est-ce que cela signifie dans la réalité? La doctrine suggère qu'il revient aux tribunaux de concilier les concepts de 'loi', 'd'ordre' ou même 'de politique publique' dans tout litige impliquant la liberté de religion en droit français²⁸⁵. L'auteur Philippe Ségur illustre ce fait en affirmant que tous les aspects reliés au droit à la liberté de religion (telles que la prière, les rencontres religieuses, les associations religieuses etc.) doivent se conformer aux trois composantes de l'ordre public qui sont : (1) la sécurité publique; (2) la paix; et (3) la santé publique²⁸⁶. En l'occurrence, le système juridique français permet de limiter n'importe quel aspect de la liberté de religion lorsque ce droit rentre en conflit avec un des trois critères de l'ordre public qui sont mentionnés ci-haut. Par ailleurs, ces critères font également partie des droits onusien et européen et permettent de restreindre le droit à la liberté de religion sous réserve des mêmes conditions.

Dans ce même ordre d'idées, la notion de 'droits d'autrui' constitue une autre restriction importante à l'expression de la liberté de religion en droit français. Ainsi, dans son avis du 27 novembre 1989 [précité] portant sur l'affirmation des croyances religieuses dans les écoles publiques, le Conseil constitutionnel a réitéré le principe que le droit des élèves d'affirmer leurs croyances religieuses au sein des institutions scolaires publiques doit se faire dans le respect des droits d'autrui. Ce dernier point est d'une importance fondamentale parce qu'il lie le droit à la liberté de religion au droit à l'égalité ainsi qu'au corollaire de ce droit, les accommodements religieux qui, malheureusement ne sont pas officiellement reconnus en droit public français. À ce niveau, il importe de se demander

²⁸⁵ *Ibid*, p. 804

²⁸⁶ Segur, Philippe, «La 'secte' en droit constitutionnel» dans Francis Messner, dir. *Les 'sectes' et le droit en France*, Paris, Dalloz, 1999, p.124

comment le régime juridique français conçoit le droit à l'égalité et les accommodements religieux dans le contexte de la liberté de religion?

1.4 Laïcité et accommodement religieux en France

La France et la Suisse se trouvent dans une situation particulière en rapport au concept d'accommodement religieux. En effet, pendant que les systèmes juridiques des États-Unis et du Canada ont connu des développements importants au niveau du concept d'accommodement comme nous le verrons plus loin, tel n'est pas le cas pour la France et la Suisse. Ce n'est toutefois guère surprenant quand on réalise que le seul instrument en droit européen qui reconnaît explicitement une obligation d'accommodement est la *Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail qui demande une obligation d'accommodement pour les personnes handicapées uniquement*²⁸⁷. Est-ce à dire que ce principe n'existe pas dans les systèmes juridiques de ces deux pays?

La réponse à cette question demeure floue, car bien que le terme ne soit pas employé explicitement en droit français et suisse, il existe des pratiques d'accommodements religieux dans les deux États. En outre, des éléments des systèmes juridiques des deux pays protégeant implicitement l'accommodement religieux se trouvent au sein des principes d'égalité et d'anti-discrimination. Ainsi, dans le cas de la France, l'article 2 de la *Loi de séparation de 1905* [précitée] reconnaît implicitement le concept d'accommodement religieux dans certaines institutions publiques en ces termes :

La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte. En conséquence, à partir du 1^{er} janvier qui suivra la promulgation de la présente loi, seront supprimées des budgets de l'État, des départements et des communes, toutes dépenses relatives à l'exercice des cultes. Pourront toutefois être inscrites auxdits budgets les dépenses relatives à des services d'aumônerie et destinées à assurer le libre exercice des cultes dans les

²⁸⁷ *Directive 2000/78/CE, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.* 2000/78/CE

établissements publics tels que lycées, collèges, écoles, hospices, asiles et prisons [nous avons souligné...]²⁸⁸.

Également, le principe de non-discrimination qui existe en droit français garanti indirectement le principe d'accommodement dans les institutions publiques et privées du pays. Ainsi, ce principe d'interdiction de la discrimination en raison de la religion trouve son application dans de nombreux domaines en droit public français. Il implique notamment qu'un individu ne peut pas se voir privé de ses droits civiques ou politiques en raison de ses convictions religieuses. Il a également des incidences notables en droit du travail. En ce domaine, aucune distinction ne doit être faite entre les personnes pour des motifs religieux.

Dans cette même optique, Le préambule de la Constitution de 1946, repris dans l'actuelle Constitution, dispose que : “ *Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances [Nous avons souligné...]* ”²⁸⁹. Par ailleurs, les mêmes règles de droit du travail s'appliquent indifféremment aux laïcs et à ceux que l'on peut qualifier comme faisant partie du “personnel religieux” (prêtres, pasteurs, rabbins, religieux, ministres d'un culte, mais aussi toute autre personne au service d'une confession religieuse). De plus, le *Code du travail*²⁹⁰ rappelle le principe constitutionnel selon lequel “ *nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison [...] de ses opinions ou de ses croyances* ”. En outre, le *Code pénal* de 1994²⁹¹ interdit de prendre en compte la religion d'une personne dans les relations de travail, ce qui inclut le recrutement, l'embauche, la rétention et le traitement en milieu d'emploi.

²⁸⁸ *Loi du 9 décembre 1905 relative à la séparation des Églises et de l'État*, supra note 236

²⁸⁹ *Constitution du 27 octobre 1946*, supra note 241, *Préambule*

²⁹⁰ *Code du travail*, Assemblée nationale, France, en ligne: http://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050

²⁹¹ *Code pénal de 1994*, Assemblée nationale, France, en ligne: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071029&dateTexte=19940228>

Dans cette même logique, dans les arrêts *Demoiselle Weiss*²⁹² et *Demoiselle Pasteau*²⁹³, le Conseil d'État a statué qu'un fonctionnaire de l'État ne peut faire l'objet de discrimination dans le domaine de l'emploi en raison de ses croyances, y compris ses croyances religieuses. La Cour de cassation a poursuivi dans la même veine en statuant que, lors des négociations d'embauche, les questions relatives aux opinions religieuses du candidat étaient prohibées en vertu des principes constitutionnels de non-discrimination²⁹⁴. Par ailleurs, elle a ajouté en *obiter* que si les sentiments religieux ne doivent pas être pris en compte lors de l'embauche, ils ne doivent pas non plus servir à léser l'employé dans son milieu de travail. En outre, la Cour de cassation a jugé qu'une absence d'une journée pour participer à la fête musulmane de l'*Aïd-El-Kebir* ne constitue pas une faute grave justifiant un licenciement²⁹⁵. De surcroît, ne constitue pas davantage un motif de congédiement le fait de prendre une pause d'une demi-heure en période de Ramadan, si la pause ne désorganise pas le travail de l'entreprise²⁹⁶. Ainsi, bien que la notion d'accommodement n'ait pas été mentionnée explicitement dans ces arrêts, il est aisé de voir qu'elle sous-tend le raisonnement de tous ces jugements. Cependant, son absence explicite au sein du régime juridique français est due à notre avis à l'idéologie républicaine qui repose sur l'universalisme et l'égalité formelle et le rejet de la pensée communautarienne qui est à la base des accommodements raisonnables.

Dans cette même logique, bien qu'elles ne soient pas explicitement mentionnées en droit français, comme en droit suisse d'ailleurs, les pratiques d'accommodements font partie de la vie de tous les jours en France. Par exemple, les groupes religieux obtiennent des exemptions alimentaires (par exemple le porc pour les musulmans) ou d'avoir des aliments particuliers au menu (la nourriture *halal* ou la viande *cachère*) dans les cafétérias en raison de leurs croyances religieuses. Au niveau de l'abattage rituel des animaux, seuls des

²⁹² Conseil d'État, 28 avril 1938, *Demoiselle Weiss*, R.D.P., p. 553

²⁹³ Conseil d'État, 8 décembre 1948, *Demoiselle Pasteau*, R.D.P., 1949, p.73

²⁹⁴ Cour de cassation, 17 oct. 1973, (1974), *Juris Classeur*, II, 1, p. 7698

²⁹⁵ Cour de cassation, 16 déc. 1981, *Bulletin. civile.*, n°968, p.719

²⁹⁶ Cour de cassation, 6 juin 1991, *Bulletin. civile.*, n°968, p.720

individus accrédités par des organisations religieuses juridiquement reconnues sont autorisés à le faire alors qu'au Canada ce sujet suscite encore la controverse²⁹⁷. Également, les tribunaux reconnaissent le mariage religieux malgré le fait que le système juridique français reconnaît d'abord et avant tout le mariage civil²⁹⁸. En outre, les parents disposent du droit d'éduquer leurs enfants selon les préceptes religieux de leurs choix²⁹⁹. À la lumière de ces constats, nous pouvons dire que le système juridique français fait preuve d'une certaine ouverture face aux accommodements religieux principalement pour respecter le pluralisme religieux qui devient une réalité de plus en plus évidente au pays.

En conclusion, il nous est aisé d'affirmer que plusieurs facteurs ont contribué à l'émergence de la laïcité en France. Entre autres, nous pouvons retenir la nécessité pour l'État de contrôler le pouvoir de l'Église tout en la reléguant dans l'espace privé; l'importance de promouvoir les droits humains et, en particulier le droit à la liberté de religion sur des bases provenant de l'époque des Lumières. Cette laïcisation formelle de la France a par ailleurs fait de la liberté de religion un droit constitutionnel dont les principales limites sont l'ordre public, la santé, la moralité, la sécurité et les droits d'autrui. Toutefois, l'idéologie républicaine de la France constitue une limite importante à ce droit dans la mesure où elle repose sur l'égalité formelle, l'universalisme et le rejet explicite de toute pensée communautarienne qui forcent l'État à chercher l'uniformité, le conformisme et la cohésion sociale dans l'espace public. C'est d'ailleurs cette recherche d'ordre public et de cohésion sociale qui a amené la France à bannir le port des signes religieux ostentatoires dans l'espace public ainsi que le voile intégral sans égard à l'impact de ces législations sur les minorités religieuses en particulier, les femmes qui en sont les principales victimes.

²⁹⁷ Garay, Alain et Al., supra note 279, 798; Radio Canada, «Des politiciens nourrissent une controverse sur la viande *halal*» 15 mars 2012 en ligne : <http://www.radio-canada.ca/nouvelles/Politique/2012/03/14/003-halal-pq-caq-viande.shtml>

²⁹⁸ [Note] L'article 433-21 du *Code pénal* de l'État français interdit formellement à un ministre religieux d'administrer un mariage religieux sans s'assurer qu'un mariage civil ait eu lieu au préalable sous peine de 7 500€ d'amende et de six mois d'emprisonnement.. *Code pénal*, version consolidée du 1^e mai 2012, Assemblée nationale, France, en ligne : <http://perlpot.net/cod/penal.pdf>

²⁹⁹ Garay, Alain et Al., supra note 279, 799

Dans la prochaine section de cette recherche nous allons examiner la Suisse pour pouvoir mettre en lumière les similitudes et les différences qu'elle comporte avec la France au niveau de la laïcité, de la liberté de religion, et de l'accommodement religieux.

II

Laïcité, liberté de religion et accommodement religieux en Suisse

En Suisse, bien qu'il n'existe pas de séparation formelle entre l'Église et l'État au même titre que le Canada, ces deux institutions opèrent de façon indépendante l'une de l'autre tant au niveau fédéral que cantonal. Dans cette optique, la laïcité suisse n'est pas aussi rigide que celle de la France et elle n'est pas aussi imbriquée au sein de l'identité nationale du pays. De plus, elle accorde une place tellement privilégiée aux églises chrétiennes traditionnelles que certains aspects de la relation État-Église auraient été jugés inconstitutionnels au sein des régimes juridiques des trois autres États à l'étude. Dans cette optique, nous allons débiter notre survol par l'analyse des facteurs ayant mené à la laïcisation de la Suisse pour ensuite examiner les fondements juridiques des notions relatives à la liberté de religion et aux accommodements religieux.

2.1 Les facteurs relatifs au développement de la laïcité en Suisse

Un peu à l'image de la France, l'histoire de la religion en Suisse est marquée par des conflits politiques violents à saveur religieuse. Cependant, dans le cas de la Suisse, le conflit s'est déroulé entre catholiques et protestants suite à la période de la Réforme durant laquelle les questions religieuses ont été dévolues aux cantons. C'est pourquoi, le modèle de laïcité suisse repose sur la notion de «paix religieuse» entre les principales religions du pays. Ce principe, basé sur une tradition étatique communément appelée «accommodement religieux par la volonté» a joué un très grand rôle dans le processus d'édification de la confédération suisse³⁰⁰. Il a été établi au départ pour remédier aux phénomènes d'exclusion

³⁰⁰ Pfaff-Czarnecka, Joanna, «Accommodating Religious Diversity in Switzerland» dans Paul Bramadat, Mathias Koenig, dir. *International Migration and the Governance of Religious Diversity*, London, Ithaca, McGill-Queen's University Press, 2009, p. 229. L'histoire révèle que ce sont les Protestants qui auraient

et de discriminations religieuses entre catholiques et protestants qui perduraient dans le pays suite à la guerre qui a opposé les deux grands groupes religieux³⁰¹. Dans cette optique, nous pouvons dire que la laïcité suisse a vu le jour en raison des trois facteurs suivants : le premier concerne la reconnaissance de l'égalité constitutionnelle entre catholiques et protestants en 1712³⁰² (*landfriede*) qui fut marquée par la promotion de l'existence plus ou moins pacifique des différents groupes religieux catholiques et protestants par l'État. Le deuxième facteur a été l'enchâssement constitutionnel de la liberté de religion en tant que droit fondamental en 1848³⁰³ par le biais de ce que les historiens appellent la '*Bundestaat suisse*³⁰⁴' et la mise en œuvre d'une certaine forme d'unité nationale par la création d'un gouvernement fédéral plutôt qu'une confédération stricto sensu. De plus, cette nouvelle Constitution avait pour but avoué la promotion de la paix sociale par la réconciliation des différents groupes religieux du pays et la garantie de la pratique libre de la religion. Ces droits ont été reconduits lors de la révision constitutionnelle de 1874, laquelle abolissait en outre les restrictions d'établissement qui avaient été imposées aux suisses de religion juive³⁰⁵. Le dernier facteur concerne l'abolition de certains privilèges qui avaient été accordés à l'Église catholique en 1979, 1999 et 2001³⁰⁶». Ainsi, tout comme la France, la Suisse a connu un processus de laïcisation qui s'est échelonné pendant des années et qui, contrairement à la France et aux États-Unis n'a jamais été mentionné dans aucun texte législatif ou constitutionnel.

gagné la Guerre civile et dès lors près de 50% des employés de l'État Suisse étaient de religion protestante alors que moins que 25% étaient d'affiliation catholique. Wimmer, A., *Nationalist Exclusion and Ethnic Conflict: Shadows of Modernity* Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 233.

³⁰¹ [Note] Suite à la victoire des protestants durant la guerre qui a eu lieu après la période de la Réforme, la Congrégation des Jésuites avait été bannie par l'État suisse en raison de son activisme politique qui prônait le retour du catholicisme traditionnel. Elle a été rétablie en 1973, lorsque la disposition constitutionnelle qui la prohibait a été abolie.

³⁰² Pfaff-Czarnecka, Joanna, supra note 300, p. 228. Durant le '*Bundestaat*', des institutions sociales telles que l'éducation, les cimetières qui relevaient tous de l'autorité de l'Église ont été transférées à la gouvernance de l'État aux niveaux, national, cantonal et communal.

³⁰³ De Mortanges, René Pahud, *Religion and the Secular State in the Switzerland*, Switzerland, National Report, 2010, p. 688

³⁰⁴ Pfaff-Czarnecka, Joanna, supra note 300, p. 228.

³⁰⁵ *Ibid.*

³⁰⁶ De Mortanges, René Pahud, supra note 303, p. 688

Aujourd'hui, la Suisse se définit comme un État fédéral laïc qui, contrairement aux trois autres États faisant l'objet de ce mémoire, reconnaît le catholicisme et le protestantisme comme étant ses religions officielles au niveau cantonal. De fait, l'article 62(1) de la Constitution fédérale de l'an 2000 reconnaît la compétence des 26 cantons pour gérer les relations entre les églises et l'État³⁰⁷ et ont également le droit d'établir la relation qui leur convient avec les institutions religieuses qui se trouvent dans leurs territoires. Par conséquent, la laïcité suisse est appliquée de 26 façons différentes dans le territoire de cet État. De plus, aucune religion non chrétienne n'est reconnue officiellement par l'État suisse au niveau cantonal. Quels sont alors les fondements, la portée et les limites de la laïcité en Suisse?

2.2 Fondements, portée et limites de la laïcité en Suisse

Mise à part des cantons de Neuchâtel et de Genève, aucun autre canton n'a établi de séparation formelle avec l'église en Suisse³⁰⁸. Dans cette optique, plusieurs d'entre eux offrent des cours d'enseignement religieux aux élèves des écoles publiques durant les heures de cours réguliers et à l'intérieur des enceintes scolaires. De plus, le contenu de ces cours d'enseignement religieux se conforme généralement aux préceptes des religions majoritaires qui sont reconnues par les autorités étatiques des cantons avec peu d'égard pour les autres religions³⁰⁹. Dans cette même optique, la laïcité suisse ne s'oppose pas à l'intervention des cantons dans les affaires des religions reconnues, ni à la création 'd'impôts ecclésiastiques' devant être recueillis par la cour lui-même pour ces mêmes religions reconnues en droit public dont le non-paiement peut entraîner le retrait du membre de l'institution religieuse³¹⁰. Il s'agit là de pratiques de gouvernance qui auraient causé des contestations judiciaires dans les systèmes juridiques des trois autres États à l'étude parce qu'elles seraient perçues comme étant discriminatoires. Pourtant, ces pratiques reposent

³⁰⁷ Suisse, Constitution fédérale de la Confédération suisse supra note 79, article 62(2)

³⁰⁸ Pfaff-Czarnecka, Joanna, supra note 300, p. 222

³⁰⁹ *Ibid*

³¹⁰ *Ibid*

toutes sur le principe de la «paix religieuse» qui est au cœur de la neutralité suisse et qui s'oppose à toute forme de «laïcité rigide», sans compromis ou «laïcité de combat» qui ne laisse aucune place au fait religieux dans l'espace public³¹¹. Cette notion a par ailleurs été introduite dans le paysage juridique et religieux de cet État pour éviter la répétition des guerres religieuses qui avaient eu lieu entre les principales grandes religions chrétiennes du pays durant l'époque de la réforme.

Dans cette même logique, l'interprétation suisse de la laïcité, autorise la récitation de la prière dans les écoles publiques. Une pratique qui, comme nous allons le voir plus loin a déjà été jugée inconstitutionnelle aux États-Unis, au Canada et a été abolie en France depuis 1882³¹². Ainsi, dans certains cantons (tel que le canton de Schwyz) de l'État suisse, les classes débutent et s'achèvent avec la récitation de la prière³¹³. Également, en Suisse, la liberté de religion et la laïcité de l'État n'interdisent pas la présence de crucifix dans les salles de classe des écoles publiques en raison du fait que ce signe religieux est associé à la culture et à l'histoire chrétienne de cet État³¹⁴. Cette pratique est encore une fois prohibée dans les trois autres États faisant l'objet de cette recherche pour des raisons liées à la neutralité. C'est donc dire que la laïcité de l'État suisse au niveau cantonal ne s'oppose pas à la présence du fait religieux, principalement chrétien, dans l'espace public de cet État.

La doctrine fait également état d'un haut niveau d'ingérence de l'État suisse dans les affaires des religions chrétiennes qu'on ne voit pas du tout au sein des trois autres États à l'étude. Ainsi, dans les cantons à majorité protestante, un lien très fort existe entre les

³¹¹ [Note] Dans la décision, *X c. Canton de Genève*, A.T.F. 123, le Tribunal fédéral suisse a statué que le principe de neutralité suisse exclut d'emblée toute forme de «laïcité de combat», anti-religieuse, parce que non neutre et contraire aux réalités historiques et religieuses de ce pays.

³¹² Assemblée nationale, France, *Rapport fait au nom de la Mission d'information sur la question du port des signes religieux à l'école*, supra note 70, p. 18

³¹³ Joanna, Pfaff-Czarnecka, supra note 300, p. 22

³¹⁴ [Note] le crucifix soulève également la controverse dans la province canadienne du Québec où les partis politiques ont adopté de façon unanime une motion exigeant qu'il reste au centre de l'Assemblée nationale du Québec parce qu'il faisait partie de l'histoire de la province. Voir : Radio Canada, «Québec garde le crucifix», 22 mai 2008, Radio-Canada, en ligne : <http://www.radio-canada.ca/nouvelles/National/2008/05/22/003-reax-BT-politique.shtml>

gouvernements et les églises. Cette affirmation s'explique par le fait que jusqu'à tout récemment, les églises étaient très intégrées au sein du gouvernement cantonal car c'était celui-ci qui établissait les conditions de fonctionnement des institutions religieuses. Dans le canton de Zurich par exemple, c'était le gouvernement qui dictait le processus de gouvernance des membres des églises et ce n'est que tout récemment que le pouvoir de gestion des votes internes des églises leur a été transféré³¹⁵. Dans le cas des cantons à majorité catholique, l'État intervient encore dans les affaires de l'Église par le biais d'une hiérarchie organisationnelle à double structure qui permet la coexistence des structures ecclésiastiques à côté de l'organisation démocratique des cantons qui régit directement les conditions de participation des membres de l'Église³¹⁶. Cette réalité est aux antipodes de la France et des États-Unis où les relations entre l'Église et l'État sont circonscrites de manière très stricte.

Si ces interventions étatiques compliquent la gestion de la diversité religieuse en Suisse, ce sont surtout les groupes religieux minoritaires, qui, non seulement ne sont pas reconnus mais ne bénéficient d'aucun appui de l'État, qui en font les frais. C'est d'ailleurs pour cette raison que nous qualifions la laïcité Suisse comme étant un modèle davantage axé sur le «privilege chrétien» en comparaison aux trois autres États dans la mesure où les religions chrétiennes bénéficient de privilèges auxquels aucune autre religion n'a droit dans aucun des autres États qui font partie de cette recherche (à l'exception de l'Alsace-Moselle en France).

Dans ce même ordre d'idées, les critères visant à reconnaître officiellement les religions sont tellement rigides qu'il est pratiquement impossible pour les religions non chrétiennes

³¹⁵ Pfaff-Czarnecka, Joanna, supra note 300, p. 22. Selon les règles qui existaient jusqu'en 2005, les cantons pouvaient interdire aux croyants qui n'étaient pas des citoyens le droit de voter dans leurs propres églises. Dans le cas de l'Église catholique, cela voulait dire qu'un tiers des croyants qui étaient originaires de l'Espagne ou de l'Italie et qui n'avaient pas la nationalité suisse ne pouvaient voter dans leur paroisse.

³¹⁶ *Ibid.*

telles que l'hindouisme, le sikhisme ou l'islam de pouvoir bénéficier d'une reconnaissance officielle en Suisse. Ces critères de reconnaissance sont les suivants :

- (1) **La reconnaissance juridique privée ou reconnaissance sous formes d'organisations statutaires**, qui permet aux groupes religieux de se constituer en tant qu'institution hiérarchisée. Elle ne comporte aucun privilège³¹⁷;
- (2) **La reconnaissance en droit public** : qui procure au groupe religieux un «statut spécial» comme celui qui est accordé aux universités publiques. Ce droit permet au groupe religieux de collecter des taxes auprès de leurs membres et d'obtenir l'appui de l'État dans la perception des taxes, d'ériger des lieux de culte dans certains cantons et d'intégrer l'enseignement religieux dans le cursus scolaire du canton dans lequel il se trouve. Dans la même optique, cette reconnaissance permet également au groupe religieux de jouer un rôle crucial dans l'élaboration et la transmission des valeurs sociétales aux membres à plus grande échelle³¹⁸.
- (3) **La reconnaissance en tant que 'religion ou église d'État'**, qui nécessite la reconnaissance constitutionnelle d'une religion par l'État et qui exige de ce dernier un appui et une représentation obligatoire du groupe religieux au sein des affaires gouvernementales³¹⁹.

De ces trois types de reconnaissance, le critère de *la reconnaissance en droit public* est le plus difficile à satisfaire en raison d'un test local très exigeant imposé par les cantons aux religions non chrétiennes. Les critères relatifs à ce test de reconnaissance sont au nombre de quatre et varient d'un canton à l'autre. Le premier critère est celui qui se réfère à la durée d'établissement du groupe religieux dans le canton. Dans certains cantons, la durée minimale relative à la reconnaissance est fixée à 20 ans (Basel) alors que dans d'autres, elle est de 30 années (Zurich). Le second se réfère à l'affirmation constitutionnelle par l'État du caractère légal du groupe religieux. En d'autres termes, le groupe religieux doit respecter l'ordre juridique du canton. Le troisième à rapport avec la démographie du groupe religieux qui doit comprendre plus de trois mille membres. Le quatrième se rapporte à l'existence des principes relatifs à la gouvernance démocratique (dont l'égalité, le droit de vote etc.) au sein du groupe religieux³²⁰. À ces critères, nous pouvons ajouter la vocation caritative du

³¹⁷ *Ibid*

³¹⁸ *Ibid*

³¹⁹ *Ibid.* Il convient également de mentionner qu'il existe également en suisse des formes explicites de non-reconnaissance mais aussi des formes d'interdiction pouvant aller jusqu'à la prohibition d'un groupe religieux s'il devait être répertorié en tant que groupe ou secte nuisible ou tomber sous le coup d'une réglementation spéciale concernant les sectes (interdiction globale des sectes).

³²⁰ *Ibid*

groupe religieux ainsi que l'existence d'une constitution ou d'une charte interne au sein du groupe³²¹.

Implicitement, ces critères exigent des minorités religieuses qu'elles s'organisent à partir des modèles conçus à l'intention des groupes religieux chrétiens pour qu'elles puissent se faire reconnaître. En conséquence, mis à part le judaïsme, aucune religion minoritaire n'est officiellement reconnue en Suisse. À notre avis, cette réalité peut être perçue comme étant de la discrimination systémique à l'endroit des groupes religieux souhaitant une forme de reconnaissance plus marquée dans la vie religieuse suisse. À ce niveau, la recherche révèle que dans le canton d'Argovie par exemple, il existe une distinction établie dans la constitution entre les églises nationales et les autres communautés confessionnelles qui induit une sorte de nivellement de la reconnaissance et de la présence des groupes religieux reconnus et non reconnus dans la sphère publique au sein du canton³²². Cette réalité est foncièrement discriminatoire à l'endroit des religions ne bénéficiant pas du statut «d'Église d'État» parce qu'elles ne jouissent pas des mêmes droits que les institutions religieuses officiellement reconnues par l'État suisse.

Dans cette même logique, cette recherche incessante de la «paix religieuse» par l'État suisse qui privilégie d'abord et avant tout les églises majoritairement chrétiennes, porte atteinte au principe de laïcité de cet État qui a fait face à de nombreuses critiques tant au niveau national qu'international. En effet, certains chercheurs le qualifie de «neutralité ou laïcité asymétrique» parce qu'il juge les autres religions à partir de préceptes développés par et pour les religions chrétiennes majoritaires³²³. Dans cette optique, ces auteurs affirment que l'approche suisse est tout comme l'approche française, en contradiction avec les notions de distanciation, de respect, de non-ingérence et d'égalité de traitement des

³²¹ *Ibid.* Ce critère se réfère au respect de la liberté de religion des autres communautés; au respect de la loi et de l'ordre public l'acceptation des règlements fiscaux des cantons.

³²² *Ibid*

³²³ *Ibid*

divers groupes religieux qui sont si chères au principe de neutralité dans le contexte de la liberté de religion.

Il n'existe d'ailleurs aucune législation qui régit le processus d'accommodement des minorités religieuses en Suisse. Par conséquent, tout comme en France, les revendications identitaires de ces dernières quant aux lieux d'enterrement et à l'érection des lieux de prière reposent sur des négociations avec les autorités étatiques des divers cantons. Dans le canton de Zurich par exemple, les musulmans négocient depuis les années 1990 avec les autorités étatiques pour obtenir un lieu d'enterrement pour leurs membres alors que ce droit existe pour les communautés juives depuis le dix-neuvième siècle³²⁴. Par ailleurs, bien que les autorités des divers cantons aient admis l'importance d'accommoder les minorités religieuses, des conflits peuvent surgir sur les conditions qui sont attachées au processus d'accommodement. À titre d'exemple, en 1996, les autorités du canton de Zurich ont voulu accorder aux musulmans le droit d'avoir une section séparée au sein du cimetière d'Alstätten à la condition qu'ils paient le lopin de terre qui coûtait 1.6 millions de dollars américains à l'époque. Non seulement la communauté musulmane n'a jamais pu amasser cette somme, mais certains partis politiques de droite ont alerté la population tout en fournissant des informations fausses ou exagérées sur ce que la ville de Zurich allait faire et des tensions interreligieuses et interethniques ont émergé immédiatement³²⁵.

La même réalité existe en ce qui a trait à l'érection des lieux de prière. En effet, bien qu'il existe des mosquées et des temples hindous en Suisse, il n'y existe aucun *gurdwaras* Sikh. En 2006, quand les activistes musulmans se sont mis à faire des demandes pour l'érection de mosquées, des conflits ont recommencé à surgir et ont vite envahi la scène politique du pays en raison principalement de l'activisme des partis politiques de droite qui jouent sur la peur des communautés pour renforcer leurs oppositions à la construction des lieux de culte

³²⁴ *Ibid*, p. 241

³²⁵ *Ibid* p. 243

pour les minorités religieuses³²⁶. C'est ainsi que le Parti de la droite populiste a réussi à convaincre la population que l'érection des lieux de prière pour les minorités religieuses peut inciter à la radicalisation et au fondamentalisme religieux³²⁷. Cette propagande est appuyée par les médias qui n'hésitent pas à exagérer les revendications des minorités religieuses et du même coup à fausser la perception populaire quant à leur nature et leur nombre³²⁸. C'est dans ce contexte de tension religieuse que la Suisse a tenu un référendum national sur l'érection des minarets en 2009 à l'initiative de la droite populiste et 57,5% de la population s'est prononcée contre la construction de ces lieux d'appel à la prière alors qu'il n'en existe que quatre dans tout le pays. Une demande d'autorisation de recours judiciaire par La Ligue des Musulmans de la Suisse a d'ailleurs été rejetée par la Cour européenne parce qu'aucun préjudice n'a été subi par la communauté musulmane³²⁹.

L'État suisse a d'ailleurs justifié ce référendum national où la majorité s'est prononcée sur une question qui relève des droits des minorités avec l'argument qu'il faut contrer «l'islamisation sournoise de la Suisse»³³⁰. En d'autres mots, c'est la peur de la politisation religieuse du pays par l'Islam ou l'islamophobie qui a justifié une telle mesure. La recherche est d'ailleurs très révélatrice à ce sujet car une étude menée par l'Université de Zurich sur la problématique de l'islamophobie en Suisse révèle que le nombre de nationaux suisses ayant indiqué ne pas aimer les musulmans est passé de 17.7% à 21%³³¹. De plus, la perception non fondée de ghettoïsation des communautés religieuses (en particulier des musulmans) fait peur aux membres du groupe majoritaire qui insistent de plus en plus sur la

³²⁶ *Ibid* p. 245. Le Parti populaire de la Suisse a réussi à créer un mouvement appelé 'Initiative contre la construction des minarets' et a pu recueillir les 113 540 signatures nécessaires à la soumission de la question des minarets à un vote populaire.

³²⁷ *Ibid*

³²⁸ Pfaff-Czarnecka, J., «Migration et flexibilité. La recherche de solutions aux revendications des minorités religieuses en Suisse» *Ethnologie française*, 2002/2 Tome XXXVII p. 263-269

³²⁹ *La Ligue des Musulmans de Suisse et autres c. Suisse*, supra note 12

³³⁰ Radio Canada, «Suisse : non aux minarets», 30 novembre 2009, en ligne : << <http://www.radio-canada.ca/nouvelles/International/2009/11/29/004-suisse-minarets-dimanche.shtml>>>

³³¹ Helbling, Marc, *Islamophobia in Switzerland: A New Phenomenon or a New Name for Xenophobia*, Zurich, Department of Political Science, 2008, p. 7

nécessité d'intégrer les membres de ces groupes à la société suisse sans toutefois qu'il y ait consensus sur ce qu'on entend par 'intégration des minorités religieuses' dans cet État.

En conclusion, la laïcité suisse est un système basé sur le concept historique de «paix religieuse» entre les principales grandes religions traditionnelles de cet État et par conséquent, elle éprouve de la difficulté à reconnaître l'existence croissante des minorités religieuses et leur besoin en matière de liberté religieuse au sein du pays. Ainsi, la laïcité suisse interdit l'octroi de droits aux minorités religieuses lorsqu'il y a danger de déranger l'ordre établi ou la tradition culturelle et religieuse de l'État suisse. De plus, le système suisse promeut la perspective universaliste dans la mesure où les minorités religieuses doivent faire face aux mêmes conditions et critères que la majorité pour se faire reconnaître et ce, même si ces critères sont discriminatoires à l'endroit de ces derniers parce qu'ils ont été conçus pour les religions majoritaires. D'un point de vue théorique, nous pouvons dire que la laïcité suisse repose sur le libéralisme classique qui reconnaît l'importance du droit à la liberté de religion pour tous mais qui, en même temps, exige la restriction des revendications de certains groupes religieux minoritaires pour des raisons liées au maintien du statu quo et de la cohésion sociale.

Dans la prochaine section de cette recherche, nous allons nous attarder sur la signification et la portée du droit à la liberté de religion dans le régime juridique suisse, pour déterminer en quoi il diffère de celui de la France que nous venons de voir.

2.3 Le droit à la liberté de religion en Suisse

Au même titre que la France, le droit à la liberté de religion a une portée très large en droit constitutionnel suisse. De fait, l'article 15 de la Constitution suisse reconnaît à tout justiciable le droit d'adhérer librement à la religion de son choix ou de ne pas faire partie d'aucun groupe religieux, de choisir les convictions philosophiques ou religieuses de son

choix et de les pratiquer seul ou en communauté, sans interférence étatique. Cette disposition se lit en ces termes :

Art. 15 : Liberté de conscience et de croyance

- (1) *La liberté de conscience et de croyance est garantie.*
- (2) *Toute personne a le droit de choisir librement sa religion ainsi que de se forger ses convictions philosophiques et de les professer individuellement ou en communauté.*
- (3) *Toute personne a le droit d'adhérer à une communauté religieuse ou d'y appartenir et de suivre un enseignement religieux.*
- (4) *Nul ne peut être contraint d'adhérer à une communauté religieuse ou d'y appartenir, d'accomplir un acte religieux ou de suivre un enseignement religieux³³².*

Tout d'abord, la doctrine soutient que la liste des critères énumérés aux paragraphes (2) à (4) de l'article 15 n'est pas exhaustive car les tribunaux peuvent en ajouter d'autres³³³. Par ailleurs, au même titre que les trois autres États à l'étude, les libertés de croyance et de conscience ainsi que l'interdiction de contraindre un individu à adopter ou abandonner une conviction religieuse sont considérées comme le 'noyau intangible' de la liberté de religion en droit suisse en raison du fait qu'ils sont des droits absolus. Le droit d'exprimer les croyances en public n'est toutefois pas absolu et l'État suisse peut y imposer des limites dans le but de maintenir, la paix, la sécurité l'ordre, la cohésion sociale ainsi que pour le respect des droits d'autrui comme c'est le cas au sein des systèmes juridique des trois autres États à l'étude mais également dans la Convention européenne et le Pacte.

Tout comme la France, le droit à la liberté de religion en Suisse est d'abord un droit négatif qui se trouve au sein du paragraphe 15(4) de la Constitution fédérale [précitée]. Cependant, il comporte un aspect positif plus contraignant pour l'État suisse (paragraphe 15 (2) et (3)) car, ce dernier doit non seulement reconnaître l'appartenance religieuse des individus de religion catholique ou protestant majoritaire traditionnel, mais il se doit de les supporter dans leurs vécus religieux (enseignement de la religion dans les écoles, récitations de la

³³² *Constitution de la Confédération Suisse*, supra note 79, art. 15

³³³ De Mortanges, René Pahud, *Religion and the Secular State in the Switzerland*, supra note 303, p. 688

prière dans les écoles, les prisons, reconnaissance par l'État de certaines religions etc.) tout en adoptant des législations visant à interdire la discrimination sur la base de la religion³³⁴.

Dans un autre ordre d'idées, le fait que l'article 15 de la Constitution suisse demeure silencieux quant aux principes relatifs aux droits à l'égalité fait en sorte qu'il va de pair avec l'article 8 de la même Constitution qui se lit comme suit :

Art.8 : Égalité

- (1) *Tous les êtres humains sont égaux devant la loi.*
- (2) *Nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son origine, de sa race, de son sexe, de son âge, de sa langue, de sa situation sociale, de son mode de vie, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques ni du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique.*
- (3) *L'homme et la femme sont égaux en droit. La loi pourvoit à l'égalité de droit et de fait, en particulier dans les domaines de la famille, de la formation et du travail. L'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale.*
- (4) *La loi prévoit des mesures en vue d'éliminer les inégalités qui frappent les personnes handicapées³³⁵.*

La lecture de cette disposition nous permet de dire qu'elle promet d'abord et avant tout les principes relatifs à «l'égalité devant la loi» ou l'égalité formelle qui se rattache au libéralisme classique. Toutefois, elle n'est pas contraire à l'égalité réelle parce qu'elle interdit la discrimination pour des motifs tels que la «condition sociale», le «mode de vie», et érige la parité salariale entre les hommes et les femmes en impératif constitutionnel, ce qui est rare au sein des législations nationales relatives aux droits à l'égalité et qui n'est pas mentionné dans les dispositions constitutionnelles relatives aux droits à l'égalité entre les sexes dans les régimes juridiques des trois autres États à l'étude.

Également, au niveau des législations nationales, l'article 59 alinéa (1) de la Constitution fédérale suisse [précitée] permet à toute personne qui ne peut concilier un service militaire

³³⁴ *Ibid*, p. 690

³³⁵ *Constitution fédérale de la Confédération Suisse*, supra note 79, art. 8

avec sa conscience d'effectuer un service civil de remplacement³³⁶. À ceci s'ajoute le fait que l'article 20(a) de la *Loi fédérale sur le travail* autorise tout travailleur à interrompre son travail à l'occasion de fêtes religieuses autres que celles qui sont assimilées à des jours fériés par les cantons à la condition d'en aviser son employeur³³⁷. Ainsi, le cadre législatif suisse fait en sorte que les adhérents aux religions minoritaires peuvent célébrer leurs fêtes religieuses au même titre que les religions majoritaires. Dans cette optique, le régime juridique suisse reconnaît explicitement certains éléments relatifs aux accommodements religieux tant au niveau constitutionnel qu'aux niveaux des lois ordinaires bien que ce principe n'y existe pas officiellement.

Quant aux limites relatives à la liberté de religion, elles sont difficiles à établir parce qu'elles varient d'un canton à l'autre. De plus, il existe des exceptions à des règles d'application générale en matière de limites au droit à la liberté de religion en Suisse. À ceci s'ajoute la jurisprudence inconsistante du Tribunal fédéral suisse en rapport à la problématique. Par exemple, la *Loi de 2005 sur la protection des animaux* interdit l'abattage rituel des animaux, toutefois l'importation de viandes provenant de ce type de pratique est légale au sein de l'État suisse³³⁸. Également, bien que le Tribunal ait déjà décidé que les exemptions de cours d'éducation physique et de natation pour des raisons religieuses étaient conformes à la liberté de conscience et de religion, il a par la suite changé de fusil d'épaule en 2008 en maintenant l'exclusion d'une jeune fille qui refusait de participer à des cours d'activités physiques et sportives pour des raisons religieuses³³⁹.

³³⁶ *Constitution fédérale de la Confédération Suisse*, supra note 79, art. 59 (1). Cette disposition se lit comme suit 'Tout homme de nationalité suisse est astreint au service militaire. La loi prévoit un service civil de remplacement'.

³³⁷ *Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce*, RS 822.11 1^e août 2000

³³⁸ Confédération suisse, *Loi fédérale sur la protection des animaux*, Assemblée fédérale de la Confédération suisse, 2005, en ligne : <http://www.admin.ch/ch/f/rs/455/index.html>

³³⁹ Dans la décision *X c. Canton de Berne*, BGE 135 I 79 il a été décidé que la décision du canton de Berne d'exclure une élève qui ne voulait pas suivre les cours d'activités physiques et sportives était conforme au principe de proportionnalité parce que les cours d'activités physiques étaient excellents pour la socialisation et l'intégration des élèves d'origine immigrante. En l'occurrence, dans cette affaire la nécessité d'intégrer les immigrants a primé sur la liberté de religion. Fribourg, *Diversité religieuse et culturelle à l'école : Recommandations à l'usage du corps enseignant et de l'administration scolaire*, Fribourg, Direction de

Certains cantons ont emboîté le pas et se sont mis à adopter des règlements scolaires stricts qui interdisent les exemptions à ces cours sauf pour des raisons médicales³⁴⁰. De plus, alors que des cours d'éducation religieuse sont autorisées par certains cantons, l'apposition de crucifix dans les salles de classe de d'autres cantons (tels que le canton de Tessin) était jugée contraire au principe de la laïcité de l'État ainsi qu'à la liberté de religion³⁴¹. De plus, le fait que la séparation formelle de l'Église et de l'État n'existe pas dans tous les cantons compliquent davantage la gestion de la diversité religieuse dans cet État tout en y ajoutant encore plus de brume quant aux limites relatives au droit à la liberté de religion.

En somme, la liberté de religion est un droit qui relève autant de la perspective universaliste que la perspective différentialiste en Suisse. Dans cette optique, les dispositions constitutionnelles sont d'une portée tellement large que les tribunaux peuvent les interpréter à leur guise, comme le Tribunal fédéral l'a fait dans les deux causes concernant l'exemption des cours d'éducation physique et de natation [précitées]. À la lumière de ces considérations, l'on peut conclure que le système juridique suisse fonctionne essentiellement à partir des préceptes du libéralisme classique dans la mesure où son approche qui est large en matière de liberté religieuse peut aussi devenir très restrictive à l'endroit des minorités lorsqu'il y a perception de menace possible à la notion de 'paix religieuse' et donc, de l'ordre établi. Qu'en est-il de la notion d'accommodement? Nous savons déjà qu'elle n'existe pas de façon explicite dans le régime juridique de cet État, mais est-ce à dire qu'elle est totalement absente du paysage juridique de ce pays?

2.4 Laïcité, accommodement religieux en Suisse

l'instruction publique, de la culture et des sports, 2009, p. 34 en ligne : http://www.fr.ch/dics/files/pdf23/diversite_a_l_ecole.pdf. Il s'avère important de noter que plusieurs cantons suisse ont suivi l'exemple du canton de Fribourg et ont rendu les cours d'éducation physique et de natation obligatoires. Tribunal fédéral ATF : 119 IA, 178 en ligne : <http://www.bger.ch/fr/index/juridiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-leitentscheide1954.htm>

³⁴⁰ De Mortanges, René Pahud, *Religion and the Secular State in the Switzerland*, supra note 303, p. 689

³⁴¹ Tribunal fédéral, ATF 11 : IA 82 en ligne : <http://www.bger.ch/fr/index/juridiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-leitentscheide1954.htm>

Bien qu'en Suisse les droits à l'égalité soient garantis au niveau constitutionnel, il n'existe pas de reconnaissance formelle de l'accommodement religieux au sein du système juridique du pays. Cette réalité, au même titre que la France, est due au fait que la perspective différentialiste qui caractérise le principe d'accommodement n'est pas intégrée au sein des principes relatifs au droit à l'égalité dans cet État. Cependant, l'examen émanant de la jurisprudence du Tribunal fédéral nous permet de constater que la notion de 'tolérance', considérée comme composante de la neutralité confessionnelle de l'État en Suisse peut être assimilée jusqu'à un certain point à l'obligation d'accommodement. Ainsi dans l'arrêt *X c. Canton de Zurich*³⁴² les notions de 'tolérance' et de 'paix religieuses' ont été à la base du raisonnement du Tribunal fédéral lorsqu'il a autorisé une jeune élève de religion musulmane à ne pas participer à des cours de natation. De plus, les articles 59 alinéa (1) de la Constitution [précitée] qui autorise la substitution d'un service civil au service militaire pour raison de conscience ainsi que l'article 20 de la *Loi sur le travail* [précitée] qui autorise de s'absenter du travail pour des fêtes religieuses constituent quelques exemples d'accommodement au sein du régime juridique suisse.

Cependant, l'accommodement n'est pas un droit absolu et comporte des limites en droit suisse. Par exemple, ce sont les limites relatives au concept d'accommodement qui ont amené le Tribunal fédéral à maintenir le licenciement d'une enseignante du canton de Genève qui portait le foulard islamique dans une école publique³⁴³ et ce, tout en faisant volte-face souvent par rapport aux positions qu'il a déjà pris dans certains jugements antérieurs³⁴⁴. En somme, l'absence explicite de la notion d'accommodement en droit suisse fait en sorte que les causes sont examinées au cas par cas par les tribunaux qui peuvent changer de fusil d'épaule en fonction des faits relatifs aux instances et des intérêts qui sont

³⁴² *X c. Canton de Zurich*, A.T.F. 119

³⁴³ *X c. Canton de Genève* A.T.F. 123

³⁴⁴ *X c. Canton de Berne*, BGE 135 I 79. Le Tribunal a changé sa perspective dans ce jugement lorsqu'il a maintenu la décision du canton de Berne d'exclure une élève qui ne voulait pas participer à des cours d'éducation physique et sportive pour des raisons religieuses tel que mentionné plus haut dans notre analyse.

en jeu sans nécessairement tenir compte des diverses implications de cette notion pour les justiciables concernés.

Nous pouvons conclure en affirmant que le système juridique suisse semble avoir beaucoup en commun avec celui des trois autres pays au niveau de la portée juridique de la notion de ‘croyance religieuse’ et des limites portant sur l’expression des convictions religieuses dans l’espace public. Toutefois, le système constitutionnel fédéral suisse reconnaît une relation étroite entre les cantons et les églises qui n’existe pas au sein des autres systèmes juridiques à l’étude. Dans cette optique, on peut même aller jusqu’à dire que les systèmes juridiques des trois autres États pourraient condamner certains aspects de cette relation parce qu’ils seraient perçus comme portant gravement atteinte à leurs principes de neutralité et à leurs désir de garder une claire séparation avec l’église.

La prochaine section de notre analyse consistera en l’analyse de la neutralité, de la liberté de religion et des questions relatives aux accommodements religieux aux États-Unis.

III

Neutralité, liberté de religion, et accommodements religieux aux États-Unis

Les États-Unis sont un pays officiellement neutre et à ce titre, certains auteurs de doctrine n'hésitent pas à dire que la neutralité américaine comporte certaine similitude avec la laïcité française au niveau de la rigidité avec laquelle elle est appliquée³⁴⁵. À ceci s'ajoute le fait que l'application du droit à la liberté de religion dans le contexte américain comporte certaines ressemblances avec le Canada au niveau de la perspective différentialiste et donc, du respect de l'égalité réelle comme nous le verrons au niveau de l'analyse jurisprudentielle. Également, la neutralité américaine recèle certains points en commun avec celle de la Suisse dans la mesure où elle cherche à apaiser les tensions religieuses dans un pays bâti sur l'immigration et caractérisé par une grande diversité religieuse. Dans les paragraphes qui suivent nous allons examiner le régime juridique américain quant à la liberté de religion afin d'identifier les similitudes et les différences qu'il comporte avec les systèmes juridiques des trois autres États à l'étude en ce qui a trait à la neutralité de l'État, à la liberté de religion et aux accommodements religieux.

3.1 Les facteurs relatifs au développement de la neutralité religieuse aux États-Unis

Selon la doctrine, le caractère neutre de la société américaine est circonscrit par la Constitution qui établit «un grand mur de séparation entre l'État et l'église»³⁴⁶. Cela nous amène à réfléchir aux facteurs qui ont mené à l'émergence de cette neutralité aux États-Unis, les fondements juridiques sur lesquels elle s'est édifiée et son impact sur la saisie juridique du port des signes religieux dans l'espace public de ce pays.

³⁴⁵ Chelini-Pont, Blandine, «Laïcités française et américaine en miroir», (2005), 4 C.R.D.F., p. 107-118

³⁴⁶ Levitt, Peggy et Hetjmanek, Jessica, «Constructing Religious Pluralism Transnationally: Reflections from the United States» dans Bramadat, Paul et Koenig, Matthias (dir.) *International Migration and the Governance of Religious Diversity* supra note 66, p. 77

Tout d'abord, la séparation de l'église et de l'État aux États-Unis ne s'est pas développée tout-à-fait de la même façon ni pour les mêmes raisons que celle de la France. En effet, alors que la laïcité française s'est construite dans une dynamique de révolte populaire et de conflits où l'Église était perçue comme étant l'ennemi de la République, la neutralité américaine a pris corps à la suite de tensions essentiellement idéologiques entre *accommodationnistes* et *séparationnistes* ou, si l'on préfère, entre conservateurs et libéraux³⁴⁷. Alors que les premiers cherchent à promouvoir l'accommodement des revendications des groupes religieux dans l'espace public, les seconds veulent maintenir une «stricte séparation entre l'église et l'État» selon la vision développée et mise en œuvre par Thomas Jefferson³⁴⁸ et James Madison³⁴⁹. Dans cette optique, il est toutefois possible de comparer le conflit idéologique opposant *accommodationniste* et *séparationniste* à celui qui a opposé les «Deux France» tel que décrit dans le rapport Debré [précité].

Tout comme la France, le chemin menant vers la neutralité américaine a débuté avec la domination des églises chrétiennes tant au niveau social que politique. De fait, les protestants qui avaient quitté l'Angleterre pour venir s'installer en Amérique dans le but de vivre leurs religions librement n'ont pas tardé à passer de 'dominés' à 'dominants' en faisant de leurs dénominations respectives, la religion prédominante dans les colonies où ils vivaient et ce, tout en démontrant peu de tolérance à l'endroit des religions minoritaires³⁵⁰.

³⁴⁷ Zoller, Elizabeth, «Laïcité in the United States or the Separation of Church and State in a Pluralist Society», *J.G.L.S.*, 2006, 13, 2, 563

³⁴⁸ Selon l'auteur Peterson Merrill, Thomas Jefferson est considéré par l'histoire comme étant l'un des principaux architectes de la neutralité américaine surtout par le biais des idées qu'il a énoncé dans son ouvrage intitulé *Virginia Statute for Religious Freedom*. Voir Peterson-Merrill, Robert, *The Virginia Statute for Religious Freedom : Its Evolution and Consequences in American History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, 373 p.

³⁴⁹ James Madison pour sa part, a souvent affirmé que dans un État démocratique les religions doivent survivre selon leurs propres moyens sans intervention de l'État. Voir Munoz, Vincent-Philippe, *God and the Founders : Madison, Washington and Jefferson*, New York, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 242

³⁵⁰ *Ibid.* Au niveau juridique, la domination des religions chrétiennes a été justifiée par le juge Joseph Story en ces termes: 'The States must be, in principal, free to encourage the Christian religion in so far as their politics and their laws are not incompatible with freedom of conscience and freedom of worship'. Selon ces propos, les États avaient le droit de privilégier les religions chrétiennes. Voir *Barron c. Mayor of Baltimore*, 32 U.S. (7 Pet.) 243 (1833) où il fut également décidé que le Premier amendement de la Constitution ne

Cette réalité a eu pour conséquence la création d'une certaine forme de schisme religieux qui a conduit à la création de l'État de Rhode Island en 1636 lorsque Roger Williams a mené un groupe de dissidents religieux à se retirer du puritanisme qui caractérisait le Massachusetts ainsi que le Connecticut qui a été fondé par des puritains qui voulaient également vivre un aspect plus conservateur de leurs religions. Ainsi, les groupes religieux opprimés suivent l'exemple de leurs ancêtres de l'Europe en allant s'établir dans des endroits où ils n'étaient pas minoritaires et où ils pouvaient vivre les préceptes de leurs religions en toute liberté.

Dans ce même ordre d'idées, le fait le plus marquant quant à l'évolution de la neutralité américaine, est l'adoption du *Virginia Declaration of Rights* en 1776, qui enchâssait pour la première fois la tolérance religieuse, pour ensuite reconnaître le libre exercice de la religion dans sa version modifiée de 1791 en ces termes :

*That religion, or the duty which we owe to our Creator, and the manner of discharging it, can be directed only by reason and conviction, not by force or violence; and therefore all men are equally entitled to the free exercise of religion, according to the dictates of conscience; and that it is the mutual duty of all to practice Christian forbearance, love, and charity toward each other*³⁵¹.

La lecture du texte ci-haut nous permet de dire que le droit à la liberté de religion proclamé dans la version modifiée du *Virginia Declaration of Rights* de 1791 a une portée plus large que la tolérance religieuse contenue dans le document de 1776, dans la mesure où elle constitue la première proclamation de la liberté de religion aux États-Unis telle qu'on la

s'appliquait pas aux États mais bien au Congrès. C'est pour cette raison que plusieurs d'entre eux ont établi des 'religions d'État' durant le 17^e et une partie du 18^e siècle.

³⁵¹ [Note] l'article 16 du *Virginia Declaration of Rights* de 1776 se lisait comme suit: « *That religion, or the duty which we owe to our Creator, and the manner of discharging it, can be directed only by reason and conviction, not by force or violence; and therefore all men are equally entitled to the most complete exercise of conscience; as well as complete freedom of worship, according to the dictates of conscience; and they must not be impeded or punished by authorities, so long as religion does not serve as a pretext to trouble peace, happiness or stability of society; and that it's the mutual duty of all practice Christian forbearance, love, and charity toward each other.* *Virginia Declaration of Rights*, June 12, 1776 en ligne: http://www.constitution.org/bcp/virg_dor.htm

connaît aujourd'hui³⁵². Cette proclamation fut d'ailleurs suivie par des efforts concertés de Madison et Jefferson qui ont réussi à convaincre l'État de Virginie d'adopter une loi visant la reconnaissance de la liberté de religion, alors qu'ils prenaient position contre toute aide financière gouvernementale aux religions³⁵³ parce que cette politique forçait les citoyens à financer par le biais de leurs taxes, des confessions religieuses auxquelles ils n'adhéraient pas nécessairement. Par ailleurs, Jefferson et Madison étaient aidés dans leurs luttes contre les religions d'État en Virginie par plusieurs groupes religieux qui partageaient leurs perspectives de séparer l'église de l'État entre autres par les Baptistes, les Presbytériens, les Quakers ainsi que d'autres groupes religieux dissidents qui ne bénéficiaient pas du soutien étatique au même titre que les Anglicans³⁵⁴.

Cette période fut également marquée par l'époque du *Premier grand réveil américain* (*The Great Awakening*) de 1728-1790 qui est caractérisée par une montée fulgurante des nouvelles expressions et croyances religieuses aux États-Unis³⁵⁵. En l'occurrence, de plus en plus de nationaux américains ont commencé à percevoir la religion comme étant une question de choix personnel qui relève exclusivement de l'espace privé, un peu à l'image du républicanisme français. En conséquence, l'immense appui traditionnel dont bénéficiaient les religions majoritaires s'érodait³⁵⁶ alors que les nouvelles religions et sectes s'accroissaient dans l'espace public américain. De plus, l'affirmation du droit inaliénable de l'individu de croire à la religion de son choix et le déclin, voire même, la disparition des 'religions d'État' au sein des colonies constituent les bases sur lesquels a pris naissance le principe de neutralité américaine. En 1789, lorsque le *Bill of Rights* a été adopté, le texte du Premier amendement pouvait se lire comme suit '*Congress shall make no law respecting*

³⁵² Zoller, supra note 347, p. 563

³⁵³ *Ibid*

³⁵⁴ *Ibid*

³⁵⁵ *Ibid*

³⁵⁶ *Ibid*. Ainsi, l'alliance de la religion et de l'État qui était perçue comme étant normale est de plus en plus vue comme étant désastreuse pour l'exercice de la liberté de religion au pays. Par conséquent, entre 1791 et 1833, l'appui considérable dont bénéficiaient les religions majoritaires d'États aux États-Unis a complètement disparu du paysage religieux du pays.

*an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof*³⁵⁷[précité]. Ainsi, cette disposition établissait de manière officielle la séparation formelle de l'église et de l'État aux États-Unis et donnait naissance à la neutralité américaine. À ce niveau de l'analyse, il importe de s'interroger sur les fondements, la signification, la portée et les limites juridiques de cette neutralité tout en examinant comment ce principe se vit dans la réalité de tous les jours au sein de cet État.

3.2 Signification, portée et limites du principe de neutralité aux États-Unis

La neutralité américaine est enchâssée au sein de la Constitution de cet État en vertu du Premier amendement [précité] (*Establishment Clause*) et de l'article VI de cette même Constitution qui stipule que : «*no Religious Test shall ever be required as a Qualification to any Office or public Trust under the United States.*»³⁵⁸, communément appelé la *Free Exercise Clause*. Le *Establishment Clause* interdit la création d'une religion nationale et l'établissement de traitements préférentiels ou discriminatoires à l'égard des adhérents ou des non-adhérents d'une religion particulière tout en exigeant de l'État de ne pas nuire à la libre exercice du droit à la liberté de religion dans son territoire.

Au niveau de la signification de ces deux articles, il convient de mentionner d'emblée que la *Free Exercise Clause* fait de la neutralité un principe fondamental dont le caractère étendu constitue l'une des pierres angulaires du système juridique de ce pays, en prohibant explicitement l'appartenance religieuse comme motif d'exclusion à l'occupation d'un poste public³⁵⁹. Par ailleurs, dans la mesure où ces dispositions ont été adoptées dans le but de

³⁵⁷ *American Bill of Rights*, 25 septembre 1789, Article 1, en ligne: <http://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage?collId=llsl&fileName=001/llsl001.db&recNum=144> .

³⁵⁸ *Ibid*, Art. VI

³⁵⁹ Il convient de mentionner que la mise en œuvre de cette disposition a été graduelle car l'État du Connecticut avait une religion officielle jusqu'en 1818 qui est la date d'adoption de sa constitution. Le Massachusetts pour sa part exigeait que tous les hommes devaient appartenir à une religion et de payer des taxes jusqu'en 1833. Rofes, Peter, K., *The Religion Guarantees : A Reference Guide to the United States Constitution*, Wesport, Praeger Publishers, 2005, aux pp. 1-8

protéger les droits religieux de tous, en particulier les minorités religieuses, nous pouvons dire qu'elles visent d'abord et avant tout le respect de la dignité inhérente à tout être humain mais aussi le respect des «valeurs du processus démocratique» ainsi que le respect des droits des minorités du libéralisme repensé de Kymlicka, car ce sont principalement les préoccupations des adhérents des religions minoritaires qui ont mené à son enchâssement dans la Constitution américaine³⁶⁰.

Dans ce même ordre d'idées, ces dispositions sont confortées par le Quatorzième amendement (les droits à l'égalité) de la Constitution qui, bien qu'il ne fasse pas mention de la religion, interdit à l'État de porter atteinte aux droits des citoyens sans un processus judiciaire juste et équitable. Par ailleurs, la Cour suprême des États-Unis a reconnu la concomitance existant entre le Premier et le Quatorzième amendement en affirmant dans l'affaire *Everson c. Board of Education* que le Quatorzième amendement incorpore le principe de '*non-établissement*' de la religion du Premier amendement au sein de tous les États américains³⁶¹. Par ailleurs, bien qu'aucune de ces dispositions ne fassent mention de signes religieux, elles ont été interprétées comme protégeant ce droit au même titre que les articles 18 du Pacte et 9 de la Convention européenne. Ainsi, tout comme la laïcité française, la neutralité américaine ne s'oppose pas au port des signes religieux dans l'espace public. En fait, c'est une pratique qu'elle encourage avec pour bémols des considérations liées aux circonstances entourant le port du signe religieux et au rôle social rempli par le porteur dans l'État comme nous le verrons plus loin dans notre analyse.

³⁶⁰ [Note] Nous tenons à préciser le contexte religieux parce que les droits collectifs ne sont pas protégés dans les dynamiques inter-raciales où ce sont surtout les droits individuels qui le sont. Par exemple, les nombreuses attaques contre les programmes d'équité en matière d'emploi ou d'accès aux institutions universitaires constituent des preuves évidentes de cette situation.

³⁶¹ *Everson c. Board of Education*, 330 U.S. 1, (1947). Le Quatorzième amendement de la Constitution américaine se lit comme suit: « ...*No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.* », *American Bill of Rights*, supra note 357

Dans ce même ordre d'idées, c'est par le biais de la jurisprudence interprétant le *Establishment Clause* du Premier amendement de la Constitution de cet État [précité] que la Cour suprême des États-Unis a établi les règles régissant la neutralité dans cet État. Ainsi dans deux jugements très importants, le plus haut tribunal du pays a élargi l'application du *Establishment Clause* aux lois émanant des États américains, pas seulement au gouvernement fédéral par le biais du *Due Process Clause* du Quatorzième amendement. À partir de ce moment, toutes les mesures qui ont été prises par les États pour promouvoir une religion particulière ou pour créer une religion d'État ont été annulées ou déclarées constitutionnellement invalides. Tout d'abord, dans l'affaire *Cantwell c. Connecticut*³⁶² la Cour a décidé que la distribution de pamphlets et de livres par trois Témoins de Jéhovah était protégée par les dispositions du Premier Amendement ainsi que du Quatorzième amendement et donc, la législation du Connecticut exigeant l'obtention d'un permis pour s'adonner à de telles activités était constitutionnellement invalide. Le juge Owen a résumé les raisons du jugement en ces termes

*to condition the solicitation of aid for the perpetuation of religious views or systems upon a license, the grant of which rests in the exercise of a determination by state authority as to what is a religious cause, is to lay a forbidden burden upon the exercise of liberty protected by the Constitution*³⁶³.

Ainsi, par ces propos, la plus haute Cour des États-Unis a statué que la neutralité américaine ne s'oppose pas à l'expansion du fait religieux dans les États du pays tout en limitant le pouvoir de l'état du Connecticut d'empiéter ou de tenter de contrôler l'exercice de la liberté de religion sur son territoire.

Plus tard, dans l'affaire *Everson c. Board of Education of Ewing Township* [précitée], la Cour suprême des États-Unis devait statuer si le remboursement par l'État du New Jersey des frais de transports des élèves fréquentant les écoles religieuses privées violait les dispositions du Premier amendement dans la mesure où elle constituait une forme d'appui

³⁶² *Cantwell c. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940)

³⁶³ *Ibid*

étatique aux religions. Bien que la Cour ait décidé par une infime majorité (5 contre 4) que ce n'était pas le cas puisque le remboursement était offert à tous les élèves sans égard à leurs appartenances religieuses. Les propos des juges dissidents, en particulier ceux émanant du juge Rutledge ont pavé la voie à un changement majeur de la position de la Cour dans l'avenir par rapport à cette question. Ces propos ont été formulés dans les termes suivants :

"The funds used here were raised by taxation. The Court does not dispute nor could it that their use does in fact give aid and encouragement to religious instruction. It only concludes that this aid is not 'support' in law. But Madison and Jefferson were concerned with aid and support in fact not as a legal conclusion 'entangled in precedents.' Here parents pay money to send their children to parochial schools and funds raised by taxation are used to reimburse them. This not only helps the children to get to school and the parents to send them. It aids them in a substantial way to get the very thing which they are sent to the particular school to secure, namely, religious training and teaching."³⁶⁴

La Cour suprême a continué son travail de séparation de l'État avec l'église en procédant à un démantèlement systématique des privilèges qui étaient accordés aux églises chrétiennes du pays. Ainsi, dans l'arrêt *Engel c. Vitale*³⁶⁵ la Cour a invalidé un règlement émanant des autorités scolaires qui autorisait une prière étatique dans les écoles publiques, même si la dite prière est neutre et que les élèves ne désirant pas y participer pouvaient quitter les lieux durant la récitation de la prière. Les propos de la Cour quant à la portée du Premier amendement peuvent être résumés en ces termes :

"Because of the prohibition of the First Amendment against the enactment of any law 'respecting an establishment of religion,' which is made applicable to the States by the Fourteenth Amendment, state officials may not compose an official state prayer and require that it be recited in the public schools of the State at the beginning of each school day - even if the prayer is denominationally neutral and pupils who wish to do so may remain silent or be excused from the room while the prayer is being recited"³⁶⁶.

³⁶⁴ *Ibid* § 45

³⁶⁵ *Engel c. Vitale*, 370 U.S. 421, 430 (1962)

³⁶⁶ *Ibid* § 422-436

Ces propos démontrent non seulement le caractère strict de la neutralité américaine, mais ils font également état du fait que la pratique de la récitation de la prière dans les écoles en Suisse aurait fort probablement été jugée constitutionnellement invalide aux États-Unis.

La Cour suprême a adopté la même ligne de conduite particulièrement rigide au sein de plusieurs arrêts par la suite. Ainsi, dans l'affaire *School District of Abington Township c. Schemp*³⁶⁷ le plus haut tribunal américain a déclaré inconstitutionnel un règlement scolaire qui exigeait la lecture d'une partie de la bible dans les écoles publiques parce que cette pratique constituait un «exercice religieux» (*religious exercise*) qui contrevenait aux préceptes du Premier amendement³⁶⁸. Elle est arrivée à la même conclusion dans *Wallace c. Jaffree*³⁶⁹, où les autorités scolaires exigeaient un moment de silence pour la méditation ou la prière dans les écoles publiques, dans *Lee c. Weisman*³⁷⁰ qui concernait l'invitation de membres du clergé à prononcer des sermons par les autorités scolaires durant les cérémonies de remises de prix dans les écoles publiques, voire même, la tenue d'un moment de recueillement dirigé par les étudiants au début d'une partie de football dans *Santa Fe Independent School District c. Doe*³⁷¹.

Après avoir interprété la neutralité américaine de manière tellement stricte que la religion s'est pratiquement complètement retirée des institutions scolaires publiques, la Cour suprême des États-Unis est allée encore plus loin en invalidant les expositions de symboles religieux dans les rues, les municipalités, les édifices gouvernementaux³⁷². Selon les propos de Zoller, l'exposition de la nativité dans un endroit public sera jugée contraire au Premier amendement, à moins que la dite nativité ne soit accompagnée d'une *Menorah* juive et de

³⁶⁷ *School District of Abington Township c. Schemp*, 374 U.S. 203 (1963)

³⁶⁸ *Ibid*

³⁶⁹ *Wallace c. Jaffree*, 472 U.S. 38 (1985)

³⁷⁰ *Lee c. Weisman*, 505 U.S. 577 (1992)

³⁷¹ *Santa Fe Independent School District c. Doe*, 530 U.S. 290 (2000)

³⁷² Voir: *Lynch c. Donnelly*, 465 U.S. 668 (1984); *Allegheny c. Association for Civil Liberties Union*, 492 U.S. 573, 578 (1989); *Doe c. City of Clawson*, 915 F. 2d 244, 245 (6th Cir. 1990); *Murray c. City of Austin*, 947 F 2d. 147, 149-50 (5th Cir. 1991); *Van Orden c. Perry*, 545 U.S. 677 (2005)

d'autres symboles religieux non-chrétiens voire même profanes de sorte que l'exposition perde toute sa signification religieuse originale³⁷³. En d'autres mots, c'est l'exposition de la diversité des religions, des sectes et des points de vue qui est constitutionnellement acceptable.

Un autre principe important de la neutralité américaine est l'interdiction faite à l'État de fournir de l'aide financière aux religions peu importe la raison. À la source de cette règle se trouve la question de l'aide financière aux écoles confessionnelles. Ainsi, à l'instar de la France dont le clergé de la région d'Alsace-Moselle bénéficie de subvention étatique, du Canada dont l'article 93 autorise l'octroi de fonds aux écoles confessionnelles catholiques et protestants de la province de l'Ontario ou même de la Suisse avec son système de reconnaissance de certaines des grandes religions chrétiennes, la neutralité américaine n'autorise aucune aide financière aux écoles confessionnelles. Ainsi, dans l'arrêt *Everson c. Board of Education* [précité] la Cour a défini l'interdiction de l'État américain d'aider financièrement les religions en ces termes '*[...]No tax in any amount, large or small, can be levied to support any religious activities or institutions whatever they may be called, or whatever form they may adopt to teach or practice*'³⁷⁴. Ce principe a été appliqué par la Cour jusqu'en 1971 lorsqu'elle a énoncé les principes du *Establishment Clause* au sein d'une doctrine comportant trois éléments devant être respectée par la mesure étatique pour être déclarée constitutionnelle dans l'affaire *Lemon c. Kurtzman*³⁷⁵. Tout d'abord, (1) *The statute must have a secular legislative purpose*; (2) *its principal or primary effect must be one that neither advances nor inhibits religion*; et (3) *The statute must not foster an excessive government entanglement with religion*. Dans cette affaire qui concernait des contributions financières faites par les États de Rhode Island et de Pennsylvanie à la rémunération d'enseignants d'affiliation catholique qui œuvraient dans des écoles privées de ces États. La Cour a conclu que les législations ne rencontraient pas les exigences du

³⁷³ Zoller, supra note 347, p. 563

³⁷⁴ *Everson c. Board of Education*, 330 U.S. 1, §15-16 (1947)

³⁷⁵ *Lemon c. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971)

troisième critère du test parce que les faits démontrent une implication excessive des États en cause dans les affaires religieuses. Cette réalité a amené certains auteurs à affirmer que le ‘vrai système laïc’ existe aux États-Unis car ce principe y est plus scrupuleusement respecté et qualifie la laïcité française de ‘gallicanisme’ parce qu’elle conserve de nombreuses traces du système de reconnaissance concordataire d’antan³⁷⁶.

L’arrêt *Kurtzman* allait faire état de jurisprudence pendant plusieurs années aux États-Unis³⁷⁷. Aujourd’hui, bien qu’il fasse encore autorité au sein du droit américain, son importance a considérablement diminué parce que la Cour suprême a décidé d’abandonner l’approche rigide appliquée dans cette décision pour se focaliser davantage sur la question consistant à savoir si l’aide étatique doit être considérée comme étant contraire à la notion de ‘la séparation de l’église et de l’État’ au pays³⁷⁸. Maintenant, si l’aide étatique est neutre dans la mesure où elle s’adresse autant aux institutions scolaires privées que publiques, les tribunaux ne vont plus automatiquement conclure à une violation du *Establishment Clause*. En fait, si l’aide étatique est indirecte, la violation constitutionnelle est moins évidente et plus acceptable au niveau légal que quand l’aide est directe. Ainsi dans l’arrêt *Zobrest c. Catalina Foothills School District*³⁷⁹, la Cour a stipulé qu’un Conseil scolaire peut, sans nécessairement violé les principes du Premier amendement décidé de payer un interprète du langage des signes pour aider un élève sourd dans une école religieuse. Plus tard, dans *Agostini c. Felton*³⁸⁰, la Cour a décidé que l’usage de fonds publics pour payer des enseignants œuvrant dans les écoles confessionnelles ne contrevenait pas nécessairement à l’*Establishment Clause*.

Suite à ces analyses nous pouvons dire pendant que la neutralité américaine a été enchâssée au départ dans le *Bill of Rights* [précité] grâce aux efforts de Jefferson et Madison, ce sont

³⁷⁶ Blandine, supra note 345, p. 112; *Lemon c. Kurtzman* supra note 375

³⁷⁷ Zoller supra note 347

³⁷⁸ *Ibid*

³⁷⁹ *Zobrest c. Catalina Foothills School District*, 509 U.S. 1 (1993)

³⁸⁰ Voir: *Agostini c. Felton*, 521 U.S. 203 (1997)

les tribunaux qui ont établi les paramètres de cette notion dans le système juridique américain. Dans cette optique, ils ont fait une interprétation tellement stricte des principes relatifs à ce concept que nous pouvons dire que la neutralité américaine est la plus stricte des États à l'étude sans pour autant être la plus rigide appliquée comme c'est le cas en France.

La prochaine sous-section de notre analyse consistera en l'analyse du droit à la liberté de religion qui est une composante importante de la neutralité américaine pour en extraire les fondements, la portée et les limites.

3.3 Le droit à la liberté de religion aux États-Unis

Aux États-Unis, ce sont les dispositions relatives à la *Free Exercise Clause* et à l'*Establishment Clause* de la Constitution du pays [précitées] qui déterminent les fondements, la portée et les limites de la liberté de religion. Ainsi, tout comme en France et, jusqu'à un certain point en Suisse, la liberté de religion est un droit essentiellement négatif qui interdit à l'État américain l'adoption de lois visant une religion, la promotion, la persécution d'une religion particulière ou son immixtion dans les affaires des groupes et sectes religieux œuvrant au sein de son territoire³⁸¹. Dans cette optique, tout individu devrait pouvoir adhérer ou non à une religion et y affirmer ces croyances sans interférence étatique. Par ailleurs, les tribunaux américains se sont abstenus de définir la notion de religion au même titre que ceux de la France, de la Suisse ainsi que les instances internationales dans le but de ne pas exclure une série de religions (en particulier les religions minoritaires) de la protection accordée par ce droit.

Dans cette même perspective, un examen de la jurisprudence relative à l'interprétation de la liberté religion dans le contexte américain pour en déterminer la portée et les limites révèle

³⁸¹ Gedicks, Frederick, M., «The Permissible Scope of Legal Limitations on the Freedom of Religion or Belief in the United States»2006), 19, E.I.L.Rev., p. 1117

que sa reconnaissance reposait au départ sur deux principes : (1) la liberté pour tout individu de croire (*freedom to believe*); et (2) la liberté pour tout individu de pouvoir agir en fonction de ses croyances (*freedom to act*)³⁸². Alors que la première liberté a été interprétée comme étant absolue et découlant des droits protégés par la *Free exercise Clause* dès 1871, il aura fallu attendre jusqu'en 1940 pour que la Cour suprême des États-Unis intègre la liberté d'agir en fonction de ses croyances au sein de la portée de la *Free Exercise Clause* avec d'importantes limites qui visaient principalement le maintien de la sécurité, de l'ordre et de la cohésion sociale au sein de l'État³⁸³. Il s'agit là de critères limitatifs qui se comparent aussi aux régimes juridiques français et suisse ainsi qu'au droit international onusien et européen. Quelles sont donc les raisons juridiques pouvant expliquer cet état de fait? Pour répondre à cette question, nous allons effectuer un bref survol de la jurisprudence américaine quant à l'évolution des deux principes mentionnés ci-haut.

Dans l'arrêt *Reynolds c. United States*³⁸⁴, le plus haut tribunal des États-Unis a réaffirmé la suprématie de la liberté de croire en maintenant les accusations criminelles qui pesaient contre des pratiquants mormons, parce qu'ils s'adonnaient à la polygamie pour la simple raison que la mesure étatique interdisant cette pratique n'était pas contraire aux préceptes du Premier amendement et le droit à l'expression des croyances religieuses en public n'était pas absolu. En 1889, dans l'arrêt *Church of Latter Day Saints c. United States*³⁸⁵, La Cour suprême a tenu à préciser que la protection offerte par le Premier amendement s'étendait uniquement à la liberté de croire et non à l'expression des croyances religieuses dans l'espace public. En conséquence, alors que la liberté de croire est un droit subjectif absolu, la liberté d'exprimer les croyances ne l'est pas parce qu'elle peut affecter les droits d'autrui ainsi que les valeurs véhiculées par la société. Par ailleurs, la doctrine suggère que la Cour

³⁸² *Cantwell c. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940)

³⁸³ [Note] Ce principe est d'ailleurs tout-à-fait conforme aux droits onusien et européen qui font une interprétation similaire des articles 18 du Pacte et 9 de la Convention.

³⁸⁴ *Reynolds c. United States*, 98 U.S. 145, 164 (1878)

³⁸⁵ *Church of Latter Day Saints c. United States*, 136 U.S. 1, 65 (1889)

suprême a adopté une approche aussi restrictive parce qu'elle voulait éviter de se retrouver dans la difficile position de distinguer les gens qui pratiquent la religion de bonne foi par rapport à ceux qui utilisent le droit à la liberté de religion comme subterfuge pour s'exclure de l'application des lois de l'État³⁸⁶.

Ce dernier point constitue d'ailleurs la principale raison pour laquelle la Cour a imposé des limites à la liberté de mettre en pratique les croyances religieuses tout en assujettissant ce droit à la liberté de croire. De fait, dans l'affaire *Reynolds c. United States* [précitée], la Cour a ajouté davantage de poids à l'importance juridique des croyances religieuses en ces termes '*free exercise clause protects only religious belief not religious practices*'³⁸⁷. Dans cette optique, pendant que la Cour suprême des États-Unis a fait une interprétation large et libérale de ce droit pour statuer qu'un individu peut obtenir une exemption de porter allégeance au drapeau américain si cette action est contraire à ses croyances religieuses³⁸⁸, elle a aussi établi que des personnes ou des groupes qui s'adonnent à la consommation de drogues³⁸⁹ ou à la polygamie³⁹⁰ ne peuvent invoquer leurs croyances pour s'exclure de l'application de la loi, encore une fois, pour les mêmes raisons liées à la 'bonne foi' que nous avons mentionné au paragraphe précédent.

Ce n'est qu'en 1940, dans l'arrêt *Cantwell c. Connecticut* [précité], que la Cour suprême des États-Unis a officiellement élargi la portée de la liberté de religion pour y inclure autant le droit de croire que le droit d'agir en fonction des croyances religieuses. De plus, dans

³⁸⁶ Gedicks supra note 381, p. 1118

³⁸⁷ *Reynolds c. United States*, supra note 384

³⁸⁸ *W. Va. State Board of Education c. Barnette*, 319 U.S. (1943) 624-629. La Cour suprême des États-Unis a affirmé que la clause relative à la liberté d'expression donne aux Témoins de Jéhovah le droit de ne pas porter allégeance au drapeau américain en raison de leurs croyances religieuses.

³⁸⁹ *Employment Division c. Smith* 494 U.S. 872, 890 (1990). La Cour a statué que les pratiquants des rites liés au *Peyotl* de l'Église des peuples autochtones américains ne peuvent invoquer leurs convictions religieuses pour s'exclure de l'application des lois pénales.

³⁹⁰ *Reynolds c. United States*, supra note 384. Des Mormons qui s'adonnaient à la polygamie se sont vus interdire la protection accordée par la *Free Exercise Clause*.

l'arrêt *Thomas c. Review Board of Indiana Employment Section Division*³⁹¹ [précité], la Cour suprême des États-Unis a également statué que les croyances et pratiques religieuses n'ont pas besoin d'être logiques, compréhensibles voire même acceptables pour bénéficier de la protection de la *Free Exercise Clause*. Il suffit que la croyance du justiciable soit de bonne foi pour qu'elle soit constitutionnellement protégée.

En ce qui a trait aux droits protégés par la liberté de religion, ils sont d'une portée très vaste étant donné l'interprétation large et libérale qu'en fait la Cour suprême des États-Unis. Toutefois, cette approche a parfois donné lieu à une jurisprudence contradictoire car, un peu à l'image de la Cour suprême du Canada qui a introduit le concept de 'sincérité' pour admettre la véracité de l'expression des croyances religieuses des justiciables, les tribunaux américains ont eu recours à la notion de «bonne foi» pour les mêmes raisons et ont par le fait, même accepté ou rejeté plusieurs causes qui portaient sur l'expression des croyances religieuses en public tout en appliquant le droit de croire et le droit d'agir en fonction de ses croyances comme l'a prescrit la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Cantwell c. Connecticut* [précité]³⁹².

Dans ce même ordre d'idées et contrairement au régime juridique suisse qui n'interdit pas la récitation de la prière dans les écoles publiques, un règlement religieux qui exigeait le recueillement quotidien des élèves durant les heures d'écoles a été jugé inconstitutionnel parce que l'État a intérêt à garder la religion en dehors du système scolaire public pour

³⁹¹ *Thomas c. Review Board of Indiana Employment Section Division*, 450 U.S. 707 (1981); voir également Gedicks, Frederick, supra note 381, p. 885

³⁹² Dans *States c. Whittingham*, 504 P.2d 950 (1973) la *Court of Appeal of Arizona Division I* a statué que la consommation de *peyotl* de bonne foi à titres de pratiques religieuses était protégée par la *Free Exercise Clause*. Toutefois, dans *Therault c. Silber* 392 F. Supp. 578 (1971) la *New York Court of Appeal* a maintenu les mesures disciplinaires prises à l'encontre des justiciables qui prétendaient qu'ils devaient consommer du steak et du vin à titre de pratiques religieuses. Dans *United States c. Kuch*, 288 F. Supp. 439. D.D.C. (1968) la *United States Court for the District of Columbia* a maintenu les accusations criminelles que l'État avait porté contre une plaignante qui arguait que la consommation de narcotique faisait partie des rites de sa religion. La *Court of Appeal of California* a rendu le même jugement dans *People c. Mullins*, 50 Cal. App. 3d 61, 123, Cal. Rptr. 201 (1975). Enfin dans *Swan c. Pack*, 527 S.W. 2d 99 (Tenn. 1975) la *Tennessee Court of Appeal* a jugé que l'État avait eu raison d'interdire à un groupe religieux d'inclure des serpents venimeux dans ses rites religieux.

respecter la neutralité et la liberté de religion des justiciables³⁹³. Également, pendant qu'il a été reconnu comme étant tout-à-fait légal pour les élèves de porter des signes religieux à l'école, la United States Court of Appeal du 7^e Circuit a statué que certains signes religieux ne pouvaient être portés durant certaines activités sportives scolaires parce qu'ils représentent un danger pour la sécurité des élèves³⁹⁴. Bien qu'une analyse plus poussée de cette problématique sera effectuée un peu plus loin dans ce chapitre, nous voyons que tout comme la France et la Suisse, la liberté de religion aux États-Unis a une portée très large tout en étant circonscrite à l'intérieur des paramètres de la neutralité de l'État.

Il s'avère également important de mentionner que la liberté de religion dans le contexte américain impose une obligation positive à l'État de prévenir toute discrimination sur la base de la religion au sein de sa population et de traiter toutes les religions sur une base d'égalité en vertu du quatorzième amendement de la Constitution du pays [précité]³⁹⁵. Cette obligation exige également l'application des principes d'accommodements des revendications religieuses en fonction des enjeux et des intérêts des parties impliquées. La question des accommodements religieux en droit américain sera abordée un peu plus loin au sein de l'analyse.

Au niveau fédéral et au-delà des protections constitutionnelles formelles, c'est un ensemble de lois qui protègent directement ou indirectement la liberté religieuse aux États-Unis. Tout d'abord, le *Civil Rights Act* de 1871³⁹⁶ donne un recours à tout justiciable ayant été victime d'un déni de ses droits en vertu du Premier amendement. Plus tard, le *Civil Rights Act* de 1964³⁹⁷ est venu préciser ce droit en y intégrant la notion «d'accommodement raisonnable» qui impose aux employeurs de tenir compte des pratiques religieuses de l'employé dans les décisions affectant celui-ci. De plus, cette loi contient une exception

³⁹³ *Stein c. Oshinsky*, 348 F.2d 999, 1002 (2d. Cir. 1980)

³⁹⁴ *Menora c. Illinois High School Association*, 683 F.2d 1030

³⁹⁵ Les États-Unis ont également tenté de lutter contre la discrimination au pays par l'adoption de la *Civil Rights Act de 1968* entre autres. *The Civil Rights Act*, Pub. L. No. 90-284, 82 Stat. 73

³⁹⁶ *Civil Rights Act*, USC, Title 42, Sect. 1871

³⁹⁷ *Civil Rights Act de 1964*, USC, Title 42, Sect. 1964

permettant aux employeurs l'embauche de personnes appartenant à une religion particulière si le travail correspond aux activités religieuses de l'employeur³⁹⁸. Elle donne en outre au Procureur général des États-Unis le pouvoir de poursuivre en justice toute institution scolaire des 52 États qui discrimine contre les élèves sur la base de leurs croyances religieuses³⁹⁹. Ce droit n'existe pas dans le système juridique des trois autres États visés par cette recherche.

Pour sa part, le *United States Code*⁴⁰⁰ criminalise les tentatives d'intimidation ou de coercition physique à l'endroit d'un individu en raison de sa religion. Le *Religious Freedom Restoration Act*⁴⁰¹ interdit quant à lui aux institutions scolaires de prohiber les couvre-chefs à caractère religieux. Finalement, le *Internal Revenue Code*⁴⁰² permet aux organisations religieuses de bénéficier d'exemptions de taxe en raison de leur statut d'organisations charitables, au même titre qu'en France et au Canada. Il convient de mentionner que ces lois ont été adoptées pour faire en sorte que les espaces publics et privés soient ouverts à toutes les religions et s'assurer que le gouvernement donne libre cours à l'expression des croyances religieuses de façon neutre et impartiale conformément aux principes de la neutralité américaine, corollaire du droit à la liberté de religion.

Enfin, bien que les tribunaux américains aient reconnu qu'il peut être légitime pour l'État d'imposer des limites à la liberté d'agir en fonction des croyances religieuses si la santé, la sécurité et l'ordre public sont en jeu, ces limites sont toutefois très bien encadrées, car

³⁹⁸ *Ibid.* C'est le 'Title VII' de la Loi qui reconnaît cette exception.

³⁹⁹ C'est le 'Title IV' de la loi qui donne ce pouvoir au Procureur général des États-Unis. *Civil Rights Act*, supra note 397

⁴⁰⁰ *United States Code, United States Code*, Title 18, Sect. 242.

⁴⁰¹ *Religious Freedom Restoration Act*, 42 USC, Sect. 2000. Il s'avère important de mentionner qu'une partie du *Religious Freedom Restoration Act*, a été déclarée inconstitutionnelle par la Cour suprême des États-Unis parce qu'elle outrepassait le pouvoir du Congrès en matière de préservation de sites historiques en vertu de l'alinéa 5 du Quatorzième amendement parce qu'en adoptant cette législation, le Congrès a voulu modifier la signification et la portée juridique du Premier amendement de la Constitution. Une démarche qui est incompatible avec le rôle du Congrès qui est d'appliquer la Constitution et non de la changer. Voir la décision *City of Boerne c. Flores*, 521 U.S. 507

⁴⁰² *Internal Revenue Code*, 26, U.S.C.170

l'État doit démontrer qu'elles portent le moins possible atteinte aux droits à la liberté de religion des justiciables. Ainsi, dans *Wisconsin c. Yoder*, la Cour suprême des États-Unis a clarifié les conditions pouvant justifier une restriction à la liberté de religion selon ces propos ‘ *to justify limitations on religious liberty, government must show that state has a compelling interest in limitations and that the burdens on religious liberty do not outweigh government’s interest*⁴⁰³. Plus tard, dans l’arrêt *Thomas c. Review Board of Indiana Employment Section Division*⁴⁰⁴ [précité] la Cour a statué que ‘[...]to justify limitation on religious liberty, government must show that limitation is least restrictive means of achieving some compelling state interest’. En l’occurrence, la Cour impose un fardeau de preuve très lourd à l’État qui doit démontrer non seulement qu’il a un intérêt significatif (compelling state interest) à adopter la mesure contestée mais également, que cette mesure n’impose pas de fardeau excessif sur l’exercice de la liberté de religion par rapport aux intérêts étatiques qui sont en jeu.

Nous pouvons donc conclure que le droit à la liberté de religion a une portée plus large aux États-Unis que dans les systèmes juridiques français et suisse. En effet, même si la neutralité américaine exige «un mur de séparation entre l’État et l’église» et que les tribunaux s’appliquent à faire respecter ce principe de manière stricte, ceux-ci ne s’opposent pas à ce que le gouvernement intervienne contre toutes les institutions, y compris les États, qui violeraient les droits religieux des justiciables. Cette importance accordée à la liberté de religion repose principalement sur la protection des droits individuels qui reconnaît un caractère absolu aux croyances religieuses tout en limitant, sous conditions, l’expression des croyances religieuses dans l’espace public.

Dans la prochaine sous-section de l’analyse, nous allons examiner les questions relatives aux accommodements religieux dans le contexte américain dans le but de mettre en exergue

⁴⁰³ *Wisconsin c. Yoder*, 406, U.S. 205 (1972) § 218

⁴⁰⁴ *Thomas c. Review Board of Ind. Employment Sec. Div.*, supra note 391

les similitudes et les différences qu'elles présentent avec les régimes juridiques français, suisse et canadien.

3.4 Accommodement religieux et liberté religion aux États-Unis

Aux États-Unis, les principes relatifs aux droits à l'égalité sont garantis par le Quatorzième amendement de la Constitution, en particulier la *Equal Protection Clause* qui pose que : *'No State shall [...] deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws'*⁴⁰⁵. Dans le contexte des droits à l'égalité, la Cour suprême des États-Unis applique le *Strict Scrutiny Test* qui impose un fardeau de preuve très lourd à l'État quant aux restrictions imposées au droit à l'égalité d'un justiciable. Comment la notion d'accommodement raisonnable qui est le corollaire des droits à l'égalité s'applique-t-elle dans ce contexte? Est-ce que le *Strict Scrutiny Test* est appliqué dans le contexte des litiges relatifs au droit à la liberté de religion aux États-Unis? Si oui, comment? Sinon, quelles approches sont utilisées par les tribunaux américains?

La notion d'accommodement raisonnable sur la base de la religion a débuté aux États-Unis une décennie avant le Canada et a même existé avant l'accommodement sur la base de l'handicap⁴⁰⁶. En effet, la doctrine suggère que ce concept a été introduit dans le système juridique américain en 1966, lors de la création du Equal Employment Opportunity Commission [EEOC], organisme fédéral responsable de l'application de la partie VII du *Civil Rights Act* de 1964 qui interdit la discrimination dans le secteur de l'emploi en ces termes :

It shall be an unlawful employment practice for an employer : (1) to fail or refuse to hire or to discharge any individual, or otherwise to discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of

⁴⁰⁵ *Constitution of the United States of America*, supra note 79

⁴⁰⁶ Zoller, Elizabeth, «Laïcité in the United States or The Separation of Church and State in a Pluralist Society» (2006), 13, 2 *Ind.J.Glob.L.S.*, p. 23. Cependant, depuis l'adoption de la *American with Disabilities Act* de 1992, les personnes handicapées bénéficient de droits plus étendus que les minorités religieuses en matière d'accommodement.

*employment, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin*⁴⁰⁷;

Toutefois, l'imprécision⁴⁰⁸ de cette disposition et l'incertitude qu'elle a installée dans le milieu du droit de l'emploi quant aux limites relatives aux obligations des employeurs a forcé la Commission à émettre des lignes directrices quant à l'application de la loi qui stipulaient : [It is unlawful for an employer...] *'to fail to reasonably accommodate the religious practices of an employee or prospective employee, unless the employer demonstrates that accommodation would result in undue hardship on the conduct of its business*⁴⁰⁹. Par ailleurs, le Congrès américain a modifié le *Civil Rights Act* de 1964 pour enchâsser le principe 'd'accommodement raisonnable' en 1972. Ainsi, les concepts 'd'accommodement raisonnable' (reasonable accommodation) et de 'contrainte excessive' (undue hardship) ont été introduits en droit américain à des années lumières avant la France et la Suisse, bref bien avant le droit européen.

Dans ce même ordre d'idées, alors qu'au Canada les accommodements raisonnables ont vu le jour avec les lois sur les droits de la personne, c'est la Cour suprême des États-Unis qui a circonscrit la portée et les limites de ce principe tout d'abord dans l'arrêt *Trans World Airlines c. Hardison*⁴¹⁰. En effet, dans cette affaire, la demande d'un employé de ne pas travailler le samedi pour des raisons religieuses a été refusée par l'employeur pour deux raisons : (1) le refus du syndicat de modifier le système d'ancienneté des employés au sein de la convention collective qui établit le système de rotation des équipes de travail durant les fins de semaine; et (2) le refus de l'employeur d'embaucher un autre employé pour remplacer le demandeur (Hardison) le samedi en raison du fait qu'il faudrait lui payer un salaire plus élevé pour travailler les fins de semaine. Après avoir considéré les faits relatifs

⁴⁰⁷ *Title VII of the Civil Rights of 1964, supra* note 395 § 200e-2(a)(1) (2000);

⁴⁰⁸ [Note] Le manque de précision de la partie VII du *Civil Rights Act* de 1964 réside dans le fait qu'il n'exige pas expressément qu'un employeur accomode les exigences religieuses d'un employé. Par conséquent, l'employeur et l'employé étaient livrés à eux-mêmes pour déterminer jusqu'à quel point la loi exige des modifications des horaires de travail et autres exigences d'accommodements.

⁴⁰⁹ *Equal Employment Opportunity Commission Guidelines on Discrimination Because of Religion*, 29 C.F.R. § 1605 2(b) (2004)

⁴¹⁰ *Trans World Airlines c. Hardison*, 432 U.S. 63 (1977).

à cette affaire, la Cour suprême a rendu une décision en faveur de l'employeur en interprétant la partie VII du *Civil Rights de 1964* de manière très restrictive. Tout d'abord, elle a fait usage de l'approche universaliste des droits à l'égalité dans son raisonnement en statuant que '*similarly situated employees are not to be treated differently solely because they differ with respect to [...] religion*⁴¹¹. De plus, elle a refusé d'interpréter le *Civil Rights Act de 1964* comme obligeant un employeur à refuser des quarts de travail à certains employés dans le but d'accommoder les besoins religieux de d'autres. Elle a ainsi conclu en disant '*considering the additional costs that Trans World Airlines would have had to incur in order to accommodate the religious needs of the plaintiff. It is an 'undue burden' to require an employer to bear more than a de «minimus cost»*⁴¹².

Dans ce même ordre d'idées, le *Strict Scrutiny Test* n'est pas appliqué dans les litiges relatifs aux accommodements raisonnables aux États-Unis, un peu à l'image du Canada où le test relatif à l'article Premier de la charte est exclu dans ce genre de litige. La Cour a toutefois établi le fardeau de preuve dans toute poursuite relative aux accommodements raisonnables dans l'arrêt *Hardison* [précité], statuant qu'il appartient tout d'abord à l'employé qui allègue une violation du principe d'accommodement raisonnable de prouver qu'un précepte de sa religion, auquel il adhère de 'bonne foi', entre en conflit avec un règlement de travail et que malgré le fait qu'il ait informé son employeur de la situation, il a été pénalisé pour le non-respect de ce règlement. En conséquence, ce refus d'accommodement constitue une violation de sa liberté de religion. L'employeur pour sa part doit prouver tout d'abord qu'il a offert à l'employé un accommodement qui lui permet de respecter les règles de sa religion. Ensuite, en raison des circonstances particulières reliées à l'emploi, tout autre accommodement n'aurait pas été viable pour son entreprise

⁴¹¹ *Ibid*, §71

⁴¹² *Ibid*, § 81

parce que susceptible de causer des contraintes excessives à la bonne marche de son commerce⁴¹³.

L'analyse de ce jugement nous permet de dire que la Cour a considéré que donner la journée du samedi à un employé pour des raisons religieuses constitue une contrainte excessive pour un employeur parce que cette pratique porte atteinte aux droits des autres employés qui sont dans la même situation. À notre avis, cette interprétation entre en contradiction directe avec la définition de contrainte excessive que l'on trouve dans le *American with Disabilities Act of 1992*⁴¹⁴ qui définit le principe de 'contrainte excessive' comme '*[an] action requiring significant difficulty or expense*', tout en donnant une grande portée à la notion de 'contrainte excessive' qui, selon la Cour, requiert seulement un 'minimus cost'. À la lumière de cette définition, peut-on dire que l'embauche d'un employé les fins de semaine, même s'il entraîne des coûts plus élevés constitue 'une dépense significative ou exorbitante'? Tous ce que nous pouvons dire c'est que cette approche a causé beaucoup d'incertitudes dans la jurisprudence américaine quant à la portée de la notion d'accommodement raisonnable.

Plus tard, dans l'arrêt *Ansonia Board of Education c. Phillbrook*⁴¹⁵ la Cour a apporté des précisions sur la signification de la notion 'd'accommodement raisonnable' qui allait faciliter son interprétation dans le domaine religieux. En effet, ce litige concernait un enseignant qui devait manquer plus de trois jours de travail par année en raison de sa religion, alors que la convention collective autorisait seulement trois jours d'absence payés pour l'observation de préceptes religieux. De plus, selon la convention collective, les enseignants avaient droit à 15 jours de maladie par année tout en spécifiant que ces journées pouvaient être utilisées à des fins autres que la maladie (pour un mariage ou un

⁴¹³ Bribosia, Emmanuelle et Al., *Reasonable Accommodation for Religious Minorities: A Promising Concept for European Antidiscrimination Law*, United States of America, Social Sciences Research Network, 2009, p.138

⁴¹⁴ *American with Disabilities Act* 42, U.S.C. § 12111 (10)

⁴¹⁵ *Ansonia Board of Education c. Phillbrook*, 479 U.S. 60 (1986)

décès par exemple etc.). Cependant, aucune de ces journées ne pouvait être utilisée à des fins déjà spécifiées dans la convention comme c'était le cas pour les journées d'absence pour des raisons liées à la religion. Ainsi, quand le requérant (Phillbrook) a demandé d'utiliser certaines de ses journées de maladie pour l'observance de sa religion, l'employeur a refusé tout en lui offrant de prendre trois journées de congé sans solde. Il s'agissait donc de déterminer si l'employeur avait discriminé à l'endroit de l'employé en lui faisant prendre des journées sans solde pour l'observance des dogmes de sa religion. La Cour suprême des États-Unis a répondu de façon négative à cette question en statuant qu'une offre comprenant trois jours de congé payés, suivie de trois autres jours sans solde pour des raisons religieuses constituait un accommodement raisonnable de la part de l'employeur. La Cour a par ailleurs ajouté en *obiter* les deux principes suivants : (1) *Once an employer offers one reasonable accommodation, it is not required to do any more*; (2) *where competing reasonable accommodations exist, the employer may choose the accommodation it desires, regardless of the employee's preference*⁴¹⁶. Ainsi, la Cour suprême a accordé un grand pouvoir aux employeurs au niveau du choix ainsi que de l'octroi des accommodements en matière religieuse.

Le Congrès américain a voulu changer la position prise par la Cour suprême des États-Unis dans les deux arrêts mentionnés ci-haut en essayant d'introduire le *Workplace Religious Freedom Act*⁴¹⁷, une loi d'une portée très large qui avait pour but de 'forcer' les employeurs à respecter les exigences religieuses de leurs employés de manière plus systématique au lieu de faire des propositions alternatives. Ainsi, la loi a redéfini la notion 'd'accommodement raisonnable' d'une manière plus large tout en restreignant la portée du principe de 'contrainte excessive' de manière à ce que n'importe quel employé puisse faire des demandes d'accommodements religieux auprès de son employeur qui est obligé d'en tenir compte. De plus, cette loi impose un fardeau de preuve plus lourd aux employeurs qui doivent prouver qu'ils ont effectué toutes les démarches appropriées pour accommoder la

⁴¹⁶ *Ibid*

⁴¹⁷ *Workplace Religious Freedom Act*, H.R. 5233, 103rd Cong. (2003)

demande de l'employé. Ce dernier point a poussé certains à exprimer de vives inquiétudes à son propos, en particulier, au niveau de son application qui pourrait renverser certaines décisions antérieures prises par les tribunaux quant aux accommodements religieux dans les milieux de travail au pays⁴¹⁸. Néanmoins, au moment, où ces lignes sont en train d'être écrites, la loi n'a toujours pas été adoptée en raison des difficultés qu'elle soulève. Par ailleurs, la doctrine fait état du fait que les accommodements raisonnables sont appliqués de manière tellement stricte aux États-Unis qu'ils connaissent plus de succès dans le secteur privé que public car, dans le dernier cas, les principes d'accommodements rentrent en conflit avec les préceptes du *Establishment Clause*⁴¹⁹. À la lumière de ces analyses nous pouvons dire que bien que le Canada n'ait pas été le premier pays à développer la notion d'accommodement raisonnable, c'est pourtant là que ce concept a connu son développement juridique le plus important comme nous le verrons dans la prochaine section de cette recherche.

Pour conclure, nous pouvons dire que la neutralité, la liberté de religion et les accommodements religieux ont une application plus vaste et plus stricte aux États-Unis qu'en France et en Suisse. En effet, alors qu'en France les écoles privées confessionnelles peuvent bénéficier de subventions de l'État ainsi que le clergé de la région d'Alsace-Moselle et qu'en Suisse des cours d'éducation religieuse sont enseignés dans les écoles publiques et dans certaines écoles cantonales des crucifix sont accrochés dans les salles de classe, les tribunaux américains ont invalidé toutes ces pratiques pour non-respect du principe de séparation de l'église et de l'État. De plus, pendant que les régimes juridiques de la France et de la Suisse ne reconnaissent pas officiellement le principe d'accommodement raisonnable en matière religieuse, ce principe existe en droit américain depuis 1966 et a connu des développements impressionnants dans le domaine du droit de l'emploi.

⁴¹⁸ Sonne, James, A., «The Perils of Universal Accommodation: *The Workplace Religious Freedom Act of 2003* and the Affirmative Action of 146,096,000 Souls» (2004) 79 N.D.Law Rev., p. 1023-1024

⁴¹⁹ Zoller, Elizabeth, supra note 406, p.24

Dans la prochaine section de ce mémoire, nous allons examiner les mêmes questions liées à la neutralité de l'État, au droit à la liberté de religion et aux accommodements religieux dans le système juridique canadien dans le but de déterminer leurs fondements, leur portée et leurs limites par rapport aux régimes juridiques des trois autres États à l'étude.

IV

Liberté de religion, neutralité et accommodements religieux au Canada

À l'image de la Suisse, au Canada, la liberté de religion s'inscrit dans un cadre juridique au sein duquel il n'existe aucune politique établissant officiellement la séparation entre l'église et l'État. De fait, la Constitution canadienne est silencieuse sur cette question et ce, malgré le fait que l'édification du pays se soit réalisée dans une atmosphère continue de tensions religieuses (et linguistiques) entre catholiques et protestants. Dans cette optique, nous allons examiner les causes qui ont mené à l'émergence de la neutralité religieuse au Canada tout en analysant des concepts tels que la liberté de religion et les accommodements raisonnables. Subsidiairement, nous porterons une attention particulière au Québec en ce qui a trait à la question des accommodements raisonnables parce que cette province a connu une crise sociale intense relativement à cette question.

4.1 Les facteurs responsables de l'émergence de la neutralité de l'État canadien

Après la conquête de la Nouvelle-France par les Britanniques en 1759, ces derniers ont décidé de ne pas imposer un statut de religion d'État à l'Église anglicane parce que les catholiques d'origine française étaient implantés dans le pays depuis longtemps et étaient plus nombreux. Il fallait donc utiliser une approche axée sur la cohésion sociale, voire même "d'accommodement" encourageant la coexistence des catholiques et des protestants dès l'origine du Canada. En l'occurrence, le premier facteur ayant mené à la neutralité de l'État canadien a été l'abolition du 'Serment du test' qui obligeait les catholiques pour accéder aux fonctions publiques à abjurer leur fidélité au pape⁴²⁰. Le deuxième facteur a

⁴²⁰ Impératif Français «Serment de fidélité et Serment du test» 2000 en ligne : <http://www.imperatif-francais.org/bienvenu/articles/2000-et-moins/serment-de-fidelite-et-serment-du-test.html> . Ce serment comprend une abjuration du Pape, une abjuration des descendants de Jacques II (prétendant au trône Britannique de religion catholique), une déclaration contre la transsubstantiation (changement de toute la substance du pain et du vin en corps et sang du Christ) et contre le culte des saints et de la Vierge. Le Serment

été l'octroi de la liberté de religion aux catholiques en 1763⁴²¹. Cette réalité a été réaffirmée en 1774 avec l'*Acte de Québec* qui reconnaît des droits à l'Église catholique romaine (dans les domaines de la santé et de l'éducation) tout en permettant à la Grande-Bretagne de s'assurer la loyauté des Canadiens dans le contexte de la Révolution américaine⁴²². Le troisième facteur réside dans l'*Acte constitutionnel* de 1791⁴²³ qui établit une séparation des postes politiques avec les fonctions religieuses tout en interdisant aux membres du pouvoir ecclésiastique (anglican et catholique romain) d'occuper des fonctions politiques, ce qui du même coup, introduit une certaine forme d'égalité entre les institutions religieuses de l'époque. Le quatrième facteur voit le jour lorsque l'*Acte d'Union du Haut Canada et du Bas-Canada* reconnaît la liberté de culte qui avait été reconnue dans l'*Acte de Québec* de 1774 et fait en sorte que tous les cultes sont traités sans discrimination⁴²⁴.

Nous pouvons également mentionner la Révolution tranquille au Québec qui a été marquée par le retrait de l'Église catholique de l'espace public, la perte de ses privilèges, la diminution de son influence dans les domaines de l'éducation et de la santé. Il s'avère également important de mentionner l'exemption constitutionnelle qui a été accordée à la province de Québec quant à l'application de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*

du test a pu écarter presque tous les Canadiens de langue française des fonctions étatiques. Il fut aboli en 1774 lorsque les Anglais ont voulu obtenir l'appui des Canadiens contre les révolutionnaires américains et aussi pour faire face à la faiblesse de l'immigration anglaise qui rendait difficile l'administration de la justice dans la province. Voir aussi le site Internet suivant : http://www.salic-slmc.ca/showpage.asp?file=histoire_ling/amerique_brit/proclam_royale&language=fr&updatemenu=true

⁴²¹ Thucydide, «Les laïcités dans le monde : Le cas du Canada» Thucydide, Canada, 2005, en ligne : <http://www.thucydide.com/realisations/comprendre/laicite/canada.htm> ; Milot, Micheline, «Laïcité au Canada : Liberté de conscience et exigence d'égalité», *Archives des sciences sociales des religions*, (2009), 2, 146, p. 61

⁴²² *Ibid.* Il s'avère important de noter qu'il n'existe pas de consensus parmi les historiens quant à l'histoire de la neutralité au Canada. Cet état de fait a amené certains à dire qu'il n'existe pas d'histoire ou de tradition laïque au Canada. Geoffroy, Martin, *Le Mouvement laïque Québécois et la Laïcité au Canada*, Moncton, Canada, Institut de recherche sur les minorités linguistiques, 2007, p.10

⁴²³ *Acte constitutionnel de 1791*, 31 George III, c.31 (R.-U.). L'article XXI de cette constitution stipule : *Aucune personne ne pourra être élue comme membre pour servir dans l'une ou l'autre des dites assemblées, ni y siéger, ni y voter, qui sera membre de l'une ou l'autre des dits Conseils Législatifs [...] qui sera ministre de l'Église Anglicane, ou Ministre, Prêtre, Ecclésiastique, ou Précepteur, soit suivant les rites de l'Église Romaine, ou sous aucune autre forme ou profession de foi ou de culte religieux.*

⁴²⁴ *Acte qui réunit les Provinces du Haut et du Bas-Canada pour le Gouvernement de la Province du Canada*, 1840, en ligne : http://eco.canadiana.ca/view/oocihm.9_01401/2?r=1&s=1.

qui fait qu'elle n'est plus obligée de financer les écoles catholiques et protestantes se trouvant sur son territoire⁴²⁵.

Dans cette même logique, il convient de noter les propos tenus par la Cour fédérale du Canada lorsqu'elle a confirmé le caractère symbolique de la référence à Dieu dans la *Charte canadienne des droits et libertés* au sein de la décision *O'Sullivan c. M.R.N.* en ces termes :

*By including recognition of God's supremacy in the Constitution of Canada, were they seeking to turn Canada into a theocracy? Certainly not. If this phrase had been included a century ago or more, we might have concluded from this that Canada was a Christian state or kingdom.....so what does the preamble mean?.....by guaranteeing this protection to believers, recognition of God's supremacy means that unless and until the Constitution is modified, Canada cannot become officially an atheist state [...]*⁴²⁶.

En d'autres mots, la référence à Dieu dans le préambule de la Charte n'a aucune signification juridique car elle ne vise qu'à prévenir que le Canada ne devienne un État athée. Cet énoncé ne contredit donc pas la neutralité de l'État canadien, ni ses corollaires qui sont le droit à la liberté de religion, le droit à l'égalité, les accommodements raisonnables et le principe d'interprétation du multiculturalisme qui se trouvent tour à tour enchâssés au sein des articles 2, 15, et 27 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [précitée]. Ainsi, bien que n'étant pas mentionnée de manière explicite dans aucune disposition législative, la neutralité est un principe reconnu en droit au Canada.

4.2 Fondements, signification, portée et limites du principe de la neutralité de l'État au Canada

Comment s'articulent la neutralité de l'État canadien en comparaison aux trois autres États que nous venons d'examiner? Jusqu'à quel point l'approche canadienne est-elle similaire ou différente? Aux États-Unis, en France et en Suisse, la neutralité et/ou la laïcité est définie comme étant «la séparation plus ou moins stricte entre l'église et l'État», ou même

⁴²⁵ *Rapport du comité mixte special pour modifier l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 concernant le système scolaire du Québec*, supra note 69

⁴²⁶ *O'Sullivan c. M.R.N.*[1992] 1 C.F. 522, p. 536

de façon inexacte «un espace ou la religion est complètement absente». Ce dernier point est particulièrement important car dans la décision *Chamberlain c. Surrey District No. 36*⁴²⁷, la Cour suprême du Canada a déclaré que l'approche visant à associer la neutralité à une absence totale de religion est, dans le contexte juridique canadien erroné. Selon la Cour, l'espace séculier ne devrait pas exclure la religion mais devrait permettre autant l'expression des convictions religieuses que celles qui ne sont pas de nature religieuse. C'est ce que certains auteurs qualifient de «neutralité inclusive» ou de «neutralité bienveillante»⁴²⁸. Une forme de neutralité qui respecte toutes les religions, qui les placent sur un pied d'égalité, sans que soit encouragée ni découragée toute forme de conviction religieuse ou de conviction morale se rattachant de près ou de loin à l'athéisme ou à l'agnosticisme. Toutefois, contrairement à la Suisse, cette neutralité ne reconnaît pas de religion d'État. Les activités religieuses ne font l'objet d'aucune restriction constitutionnelle. Aucun soutien financier n'est prévu pour les églises, et l'État ne perçoit aucun impôt à des fins de redistribution aux communautés religieuses comme en Suisse. De plus, les édifices de culte ne sont pas entretenus aux frais de l'État comme en France. Par ailleurs, le Canada est le seul des États à l'étude qui se targue d'avoir une neutralité inclusive ou bienveillante basée sur le multiculturalisme dans la majeure partie du pays et l'interculturalisme au Québec. Ces deux approches reposent sur la perspective différentialiste et l'égalité réelle comme nous allons tenter de le démontrer dans les paragraphes qui suivent.

⁴²⁷ [2002] 4 R.R.S. 710. Cette décision portait sur le fait que le Conseil scolaire de Surrey se soit laissé influencer par l'objection des parents aux relations entre personnes de même sexe et ont interdit l'usage de matériels scolaires faisant état de familles composées de parents de même sexe dans le programme de curriculum de la maternelle.

⁴²⁸ Benson, Iain T. *Taking a Fresh Look at Religion and Public Policy: The Need for a Paradigm Shift*, Centre for Cultural Renewal, March 31, 2009 Online: <http://www.culturalrenewal.ca/gry/page.taf>; Benson, Iain T. «The Freedom of Conscience and Religion in Canada: Challenges and Opportunities» (2007) 21:1 E.I.L.R. 113; Benson, Iain T. «Notes Towards a (Re)Definition of the Secular» (2000) 33 *U.B.C.L.R.* 520; Woehrling, José, «Quelle place pour les religions dans les institutions publiques?» dans Jean-François Gaudreault-Desbiens, (dir.) *Le droit, la religion et le raisonnable*, Montréal, Éditions Thémis, 2009; voir également l'analyse que fait la Cour d'appel du Québec de la notion de «neutralité bienveillante» dans l'arrêt *Ville de Saguenay, Jean Tremblay c. Mouvement Laïque Québécois, Alain Simoneau*, 27 mai 2013, No. 200-09-007328-112.

En ce qui a trait au multiculturalisme, après le dépôt du rapport de la Commission Laurendeau-Dunton sur le bilinguisme et le biculturalisme, une *Politique multiculturelle dans un cadre bilingue* a été adoptée en 1971 et a fait du Canada le premier pays au monde et le seul pays des quatre États à l'étude à disposer d'une telle politique⁴²⁹. Par la suite, la *Loi sur le multiculturalisme canadien* a été adoptée en 1988 et consacre dans son préambule les objectifs suivants :

- *Reconnaître le fait que le multiculturalisme est une valeur fondamentale de l'identité et du patrimoine canadien [...] (art. 3 (1) b)*
- *Faire en sorte que la loi s'applique également et procure à tous la même protection tout en faisant cas des particularités de chacun (art. 3 (1) e)*
- *Faire échec à toute discrimination notamment celle fondée sur la race, l'origine nationale ou ethnique (art. 5 (1) g)*⁴³⁰

Cette loi encadre le multiculturalisme et le place au cœur des droits à l'égalité en raison de l'importance qu'elle accorde à l'égalité réelle et par le fait même au respect des différences⁴³¹. Dans cette optique, le multiculturalisme s'oppose à l'assimilation parce qu'il n'exige pas de l'immigrant l'abandon de sa culture au profit des éléments de la culture de la société d'accueil comme c'est le cas en France ou même jusqu'à un certain point aux États-Unis, voire même en Suisse où la signification du terme «intégration des immigrants» devient de plus en plus floue. En fait, le multiculturalisme canadien reconnaît la nécessité pour l'immigrant de s'intégrer aux normes et valeurs de la société d'accueil tout en exigeant de cette dernière qu'elle s'adapte à certaines des valeurs de l'immigrant. C'est ce

⁴²⁹ Dewing, Michael, Leman, Marc *Canadian Multiculturalism*, Canada, Library of Parliament Information and Research Service, 2006, p. 4 en ligne: <http://www.parl.gc.ca/Content/LOP/ResearchPublications/936-e.pdf>

⁴³⁰ L.R. (1985), ch. 24 (4^e supp.) le Canada est le premier et le seul pays au monde avec une *Loi sur le multiculturalisme*. Le philosophe Will Kymlicka a fourni une définition d'un État multiculturel en ces termes " A State is multicultural if its members either belong to different nations (a multination state), or have emigrated from different nations (a polyethnic state), and if this fact is an important aspect of personal identity and political life". Kymlicka, Will, *Multicultural Citizenship – A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 18

⁴³¹ Houle, François, «Citoyenneté, espace public et multiculturalisme : la politique canadienne de multiculturalisme», (1999), *S.& S.*, 31, 2, p.101

que la littérature appelle «une approche à deux sens» en matière d'intégration⁴³². Selon cette perspective, l'intégration des immigrants comporte des droits (droit à la liberté de religion et de conscience, la liberté d'association et d'expression), mais aussi des responsabilités (l'obligation de respecter les lois du pays); de voter aux élections, de pourvoir aux besoins de sa famille; de préserver le patrimoine et l'environnement du pays tout en gardant leur culture d'origine y compris les valeurs religieuses.

Le multiculturalisme est également une politique par le truchement de laquelle le gouvernement établi les liens avec les minorités raciales, ethniques et religieuses tout en les encourageant à s'intégrer pleinement au sein de la société canadienne par leur participation socioéconomique, culturelle et politique⁴³³. Dans cette optique, le Programme du multiculturalisme subventionne annuellement toute une série d'activités destinées à reconnaître l'apport des noirs (tous les mois de février), des asiatiques (tous les mois de mai) au patrimoine culturel et historique du Canada⁴³⁴. Également, le Programme comporte un volet qui vise à reconnaître la contribution de toutes les communautés à l'édification du Canada⁴³⁵. De plus, c'est le Programme du multiculturalisme qui gère le Programme de redressement relatif à la taxe d'entrée qui avait été imposé à la communauté chinoise du Canada au début du siècle dernier⁴³⁶. Bien qu'il ait été l'objet de nombreuses critiques

⁴³² Norman, W. «Justice and Political Stability in the Multicultural State : Lessons from Theory and Practice in Canada» dans M., Elbaz, D., Helly, dir. *Mondialisation, Citoyenneté et Multiculturalisme*, Paris, L'Harmattan et Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 2000, p. 7

⁴³³ Programme du multiculturalisme, Citoyenneté et immigration Canada, en ligne : <http://www.cic.gc.ca/francais/multiculturalisme/index.asp>

⁴³⁴ *Ibid*

⁴³⁵ *Ibid*. Au niveau des objectifs actuels du Programme du multiculturalisme canadien, nous retrouvons : (1) bâtir une société intégrée, socialement inclusive et cohésive; (2) améliorer le niveau de réponse et d'engagement des institutions aux besoins de la diversité démographique par la promotion de dialogues sur le multiculturalisme et la diversité au niveau international.

⁴³⁶ *Ibid*. Le 22 juin 2006, le Premier ministre du Canada a présenté à la Chambre des communes des excuses à la communauté chinoise au nom du pays pour l'imposition d'une taxe d'entrée qui, à l'époque, avait imposé un fardeau très lourd aux immigrants provenant de la Chine. Au total 785 membres de la communauté chinoise ont reçu un montant de \$20 000 en guise de redressement pour le préjudice qu'ils avaient subi.

autant négatives⁴³⁷ que positives⁴³⁸, le multiculturalisme comporte plusieurs points en commun avec la politique d'interculturalisme du Québec. En somme c'est une politique axée autant sur le libéralisme repensé de Kymlicka que les principes relatifs au respect de la dignité inhérente à la personne humaine, à la justice sociale et à la démocratie de Fredman parce qu'il est centré sur l'égalité réelle et le respect des droits de tous y compris des minorités religieuses.

L'interculturalisme constitue la politique d'intégration du Québec qui a débuté lorsque cette province a rejeté la politique canadienne sur le multiculturalisme en raison principalement de l'accent qui y a été mis sur l'ethnicité⁴³⁹. En l'occurrence, en tant que société francophone, pluraliste et démocratique, la politique d'intégration et de gestion du pluralisme au Québec s'inscrit dans une perspective de 'contrat moral' qui trouve son

⁴³⁷ L'auteur Philip Resnik affirme que la place accordée au multiculturalisme est tellement grande que ce sont les groupes ethniques qui définissent l'identité nationale du pays. D'autres affirment que l'accent exagéré qui est placé sur les différences ethniques favorise les inégalités socioéconomiques qui affectent les nouveaux arrivants au Canada. Enfin, Bissoondath a avancé la critique la plus virulente sur le multiculturalisme en disant que l'extension de la logique du multiculturalisme veut qu'une défense basée sur la culture dans le cas notamment d'une conduite criminelle, devienne éventuellement acceptable. Voir : Resnik, Philip, *Thinking English Canada*, Toronto, Stoddart Publishing, 1994; Bissoondath, Gwyn R., *Nationalism Without Walls*, Toronto, McClelland & Stewart, 1996, p.16; Bissoondath, Neil, *Selling Illusions: The Cult of Multiculturalism in Canada*, Toronto, Penguin Books, 2002

⁴³⁸ Will Kymlicka a réfuté plusieurs de ces critiques en affirmant que la logique d'après-guerre qui a donné naissance à l'orthodoxie libérale sur laquelle est basée le multiculturalisme n'est heureusement pas prête d'être remise en question parce qu'elle constitue un des fondements sur lequel ce pays s'est édifié. Dans cet esprit, la logique réelle du multiculturalisme canadien ne laisse pas place aux droits politiques des minorités, préférant plutôt promouvoir le respect des droits de la personne et une approche anti-discrimination. De plus, il affirme que dans les domaines relatifs aux mariages mixtes, à l'acquisition de la langue du pays d'accueil et à la naturalisation, les immigrants canadiens réussissent mieux que ceux des autres États tels que les États-Unis et la France qui n'ont pas de politique sur le multiculturalisme. Par ailleurs, plusieurs auteurs suggèrent qu'il n'existe aucune corrélation entre l'identification religieuse et la ségrégation. Voir : Kymlicka, Will, *Finding our Way : Rethinking Ethnocultural Relations in Canada*, Toronto, Oxford University Press, 1998, p. 6; Kymlicka, Will, «Liberalism and the Politization of Ethnicity», (1994), 4, C.J.L.J., p. 239; Bramadat, Paul, «Beyond Christian Canada: Religion and Ethnicity in a Multicultural Society» dans Bramadat, Paul, Seljak, David, dir., *Religion and Ethnicity in Canada*, Toronto, Pearson Longman, 2005; Eid, Paul, *Being Arab: Ethnic and Religious Identity Building Among Second Generation Arab Youth in Montreal*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 2007

⁴³⁹ Kymlicka, W. *Multicultural Citizenship – A liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p.17. Selon Kymlicka, les Canadiens-français se sont opposés au multiculturalisme parce qu'ils pensent qu'il réduit leurs revendications nationales au niveau des groupes ethniques immigrants.

fondement au sein de la *Politique québécoise en matière d'immigration et d'intégration*⁴⁴⁰, laquelle enjoint les nouveaux arrivants à se joindre aux valeurs québécoises qui sont enchâssées au sein de la *Charte de la langue française*⁴⁴¹ et dans la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*⁴⁴². En somme, tout comme dans la politique fédérale du multiculturalisme, les droits de la personne sont au cœur de l'approche québécoise en matière d'intégration et de gestion du pluralisme.

Dans cette optique, les objectifs de la politique d'intégration du Québec balisent autant les droits et responsabilités des immigrants que ceux de la société d'accueil. Ils se lisent ainsi :

- *Consentir les efforts nécessaires à l'apprentissage de la langue officielle du Québec, les immigrants doivent contribuer à faire du Québec une société dont le français est la langue commune de la vie publique;*
- *La société québécoise est une société démocratique et les dirigeants s'engagent à promouvoir la contribution de chacun tout en respectant l'égalité des chances, des sexes et les droits des enfants;*
- *La société québécoise se veut pluraliste, respectueuse des différences et exempte de discrimination*⁴⁴³

Les principes énoncés ci-haut s'inscrivent dans un cadre d'action gouvernementale qui comporte trois objectifs : (1) le droit et le devoir des citoyens de participer pleinement à la vie économique, sociale, culturelle et politique du Québec; (2) l'engagement de bâtir un Québec pluraliste et inclusif où tous les citoyens pourront s'identifier et être reconnus comme des Québécois; et (3) l'établissement de relations intercommunautaires harmonieuses et empreintes de respect mutuel entre les communautés culturelles et la collectivité majoritaire. Encore une fois, nous voyons une politique d'intégration axée sur l'inclusion et la participation de tous bref, une politique focalisée davantage sur la perspective différentialiste.

⁴⁴⁰ Ministère des relations avec les citoyens et de l'immigration, *Politique québécoise en matière d'immigration et d'intégration : Au Québec pour bâtir ensemble*, Québec, Gouvernement du Québec, 1990, 75 p.

⁴⁴¹ *Charte de la langue française*, L.R.Q. chap. C-11

⁴⁴² *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*, L.R.Q., chap. C-12

⁴⁴³ Ministère des relations avec les citoyens et de l'immigration, supra note 440, p. 75

Au même titre que le multiculturalisme fédéral, l'approche québécoise repose sur des prémisses voulant que l'individu a besoin que les diverses affiliations qui forment son identité soient reconnues. Également, le multiculturalisme et l'interculturalisme présupposent que l'identité des individus ne se construit pas en vase clos mais au contact des groupes auxquels ils sont affiliés⁴⁴⁴. En l'occurrence, l'égalité des groupes minoritaires peut parfois exiger un traitement différencié de la majorité pour respecter les particularités religieuses de certains groupes. Un principe qui est tout-à-fait conforme au libéralisme repensé de Kymlicka à la perspective communautarienne et au principe lié au respect de la dignité inhérente à la personne humaine de Fredman.

Toutefois, contrairement au multiculturalisme canadien qui est silencieux quant aux limites rattachées au respect de la différence, la politique québécoise aborde d'emblée les demandes d'accommodements raisonnables ainsi que le rôle des institutions responsables de la gestion du pluralisme, y compris religieux. En effet, la *Politique d'immigration et d'intégration québécoise* reconnaît que dans une société pluraliste à majorité chrétienne telle que le Québec, des contradictions peuvent survenir entre les diverses religions. Il peut arriver que des membres des minorités réclament l'adaptation de certaines normes (tenues vestimentaires, prescriptions alimentaires, horaires de travail) de manière à respecter leurs croyances religieuses. L'acquiescement à ces demandes peut soulever des difficultés et générer des tensions. En l'occurrence, le document laisse entendre que l'approche axée sur le cas par cas est préférable aux décisions judiciaires et qu'il convient de distinguer l'essentiel de l'accessoire dans les préoccupations relatives à la piété d'une part, et l'efficacité d'autre part⁴⁴⁵. Dans cette optique, la politique québécoise cadre encore mieux avec le libéralisme repensé de Kymlicka parce qu'elle établit un équilibre entre le respect des différences (la perspective communautarienne) et la nécessité d'établir des balises face

⁴⁴⁴ Spinner, Jeff, *The Boundaries of Citizenship : Race Ethnicity and Nationality in the Liberal State*, Maryland, John-Hopkins University Press, 1994, p. 17 et 34

⁴⁴⁵ Ministère des relations avec les citoyens et de l'immigration, supra note 440 p. 19

aux revendications des minorités religieuses dans l'espace public par le rejet de la neutralité axiologique qui est propre au libéralisme classique. Ce dernier constat nous amène à aborder les limites relatives à la neutralité inclusive qui est propre au Canada.

La principale limite de la neutralité inclusive du Canada réside dans le fait qu'au niveau de la réalité de tous les jours, la recherche démontre que malgré toutes les lois et politiques visant à faciliter leur intégration, les minorités religieuses ne se sentent pas toujours à l'aise au Canada en particulier depuis les attentats du 11 septembre 2001 aux États-Unis. Cette perception est confirmée par les nombreux sondages d'opinions publiques qui évaluent l'attitude et les perceptions des Canadiens à l'endroit de ces groupes, dont les musulmans en particulier. Un sondage commandé en 2012 par l'Association des études canadiennes en collaboration avec la Fondation canadienne des relations raciales révèle en effet que 43% des répondants affirment avoir entendu des commentaires négatifs à l'endroit des musulmans au courant de l'année alors que ce chiffre s'élève à 25% pour les juifs⁴⁴⁶. De plus, les résultats de cette même recherche d'opinion publique font état du fait que la majorité des répondants ont une perception négative des relations entre musulmans et non-musulmans au pays⁴⁴⁷. À la lumière de ces données, nous pouvons dire que les musulmans obtiennent les pires scores au niveau des perceptions du public en comparaison aux autres minorités religieuses, alors que la situation de ces dernières n'est pas nécessairement meilleure.

En ce qui a trait au port des signes religieux en public, en particulier le *hijab*, les résultats des enquêtes d'opinions publiques ne sont guère plus encourageants. De fait, les données d'un sondage d'opinion publique de 2007 révèlent qu'une proportion de 36% des Canadiens pensent que bannir le port du *hijab* en public est une bonne idée alors que 53%

⁴⁴⁶ Association for Canadian Studies, *Attachment, Learning, Interfaith Relations and Prejudice in Canada* en ligne: <http://www.acs-aec.ca/en/social-research/#?limit=10&start=20&csort=&order=>

⁴⁴⁷ *Ibid*

des personnes vivant au Québec sont du même avis⁴⁴⁸. La question de l'égalité entre les sexes a été la principale raison justifiant les préoccupations relatives au port de ce signe religieux en public. Cette réalité nous amène à aborder les questions relatives à la signification, la portée et les limites du droit à la liberté de religion au Canada.

4.3 Signification, portée et limites du droit à la liberté de religion au Canada

Au Canada, le droit à la liberté de religion a connu des développements jurisprudentiels aussi étendus qu'aux États-Unis. Ainsi, au niveau juridique, la liberté de religion est protégée tout d'abord par l'alinéa 2a) de la Charte qui la concerne directement, l'article 15 de la même charte qui interdit toute discrimination fondée sur la religion et, en particulier, les accommodements raisonnables ainsi que l'article 27 du même instrument juridique qui exige de tenir compte du caractère multiculturel du Canada dans toute interprétation des dispositions de la Charte et qui a souvent été utilisé dans les litiges relatifs à la liberté de religion. Nous allons examiner la signification et la portée constitutionnelle des droits relatifs à ces dispositions à tour de rôle.

Tout d'abord, le contenu de ces dispositions se lit comme suit :

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

a) Liberté de conscience et de religion [...]

15 (1). La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

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

⁴⁴⁸ Adam, Michael, *Unlikely Utopia : The Surprising Triumph of Canadian Pluralism*, Toronto, The Penguin Books, 2008, p.90

*27. Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des canadiens*⁴⁴⁹

Dans l'arrêt *R c. Big M. Drug Mart*⁴⁵⁰, la première décision rendue par la Cour suprême du Canada en matière de liberté de religion, le juge Dickson est venu préciser la portée de ce droit en disant que : «les valeurs qui sous-tendent notre tradition philosophique et politique exigent que chaque individu puisse être libre d'avoir et de manifester toutes croyances et opinions à condition que ces manifestations ne portent pas atteinte à ces voisins qui détiennent des droits similaires »⁴⁵¹. C'est donc dire que la liberté de religion est un droit ayant une portée très large et dont les principales limites se trouvent dans l'exigence de ne pas porter atteinte aux droits d'autrui et de traiter également tous les groupes religieux. Ainsi, cette interprétation est non seulement conforme aux droits européen et onusien mais rejoint également les systèmes juridiques américain, français et suisse qui interprètent la liberté religieuse de façon similaire.

Au niveau de sa signification et de sa portée, il s'avère important de mentionner que des quatre États à l'étude, le Canada est le seul où le concept de religion est défini par la jurisprudence. En effet, dans *Syndicat Northcrest c. Anselem*, la Cour suprême du Canada a jugé bon de conceptualiser la religion en ces termes :

*Une religion s'entend typiquement d'un système particulier et complet de dogme 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*⁴⁵².

⁴⁴⁹ *Charte canadienne des droits et libertés* supra note 79, articles 2a) 15, 27

⁴⁵⁰ *R c. Big M Drug Mart*, [1985]1 R.C.S. 295, § 120

⁴⁵¹ *Ibid*, §123

⁴⁵² *Syndicat Northcrest c. Anselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, § 39

Bien que très déterministe, nous partageons l'avis de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec à l'effet que la définition retenue par la Cour est suffisamment large pour englober une grande variété de religions, qu'elles soient monothéistes ou polythéistes, traditionnelles ou émergentes, en situation majoritaire ou minoritaire. Par ailleurs, le critère de la «croyance en une puissance divine, surhumaine ou dominante» permet toutefois de distinguer les croyances à caractère religieux des croyances et des convictions dérivées des consciences individuelles ou qui tirent leur source d'un système de croyances à caractère social ou politique⁴⁵³.

Dans ce même ordre d'idées, le volet spécifique de «liberté de religion» relatif à ce droit a été défini de façon très large par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Big M Drug Mart* [précité] en ces mots :

Le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en œuvre pratique et leur propagation⁴⁵⁴.

Dans le même arrêt, la Cour suprême du Canada a également affirmé que le droit à la liberté de religion comporte deux aspects : (1) La croyance invoquée au nom de ce droit doit être en rapport avec la «foi spirituelle»; (2) le droit de manifester cette croyance par la parole ou la réalisation de rites. Ces propos font ressortir le fait que la liberté de religion est d'abord et avant tout une liberté individuelle qui cherche à prévenir les situations où une personne pourrait être forcée d'agir de façon contraire à ses croyances ou à sa conscience, d'où précisément l'importance du concept de «liberté» au sein de ce droit. Également, elle n'interdit pas l'enseignement et la propagation de la religion.

⁴⁵³ Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, *Document de réflexion : La Charte et la prise en compte de la religion dans l'espace public*, Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, 2008, p. 5

⁴⁵⁴ *R c. Big M Drug Mart*, supra note 450, § 94

S'agissant justement du bien-fondé du droit à la liberté de religion au Canada, dans l'arrêt *Edwards Books* [précité] qui concernait des commerçants qui avaient été accusés d'avoir enfreint la *Loi sur les jours fériés dans les commerces de détails*⁴⁵⁵, la Cour suprême du Canada a établi la raison d'être du droit à la liberté de conscience et de religion en ces termes :

*L'alinéa 2a) [de la Charte] a pour but d'assurer que la société ne s'ingèrera pas dans les croyances intimes profondes qui régissent la perception qu'on a de soi, de l'humanité, de la nation, et dans certains cas d'un être supérieur ou différent. Ces croyances à leur tour, régissent notre comportement et nos pratiques*⁴⁵⁶.

Selon cette perspective qui met avant tout l'accent sur les droits individuels, la croyance au divin ne constitue pas un élément fondamental pour qu'un individu bénéficie de la protection de l'article 2 a) de la Charte. En l'occurrence, la doctrine suggère que des convictions personnelles qui témoignent d'un certain degré de «sérieux» et de «constance» mais qui n'ont aucun lien avec le fait religieux pourront être couvertes par ce droit⁴⁵⁷. De fait, dans la décision *Maurice c. Canada (Attorney General)*⁴⁵⁸ les tribunaux ont reconnu que des convictions végétariennes pouvaient bénéficier de la protection de l'article 2a) de la Charte alors qu'ils sont arrivés à la même conclusion dans l'arrêt *West Island Teachers' Association c. Nantel*⁴⁵⁹ lorsqu'ils ont affirmé qu'une «objection de conscience» à la décision d'un syndicat de déclencher une grève tombait dans les domaines protégés par la liberté de conscience et de religion. Par conséquent, la liberté de conscience et de croyance a une portée très large qui recouvre plusieurs dimensions de la vie en société dans le régime juridique canadien au même titre que les systèmes juridiques européen, onusien américain, français et suisse.

⁴⁵⁵ L.R.O. 1980 chap. 450; *R c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 716

⁴⁵⁶ *R c. Edwards Books and Art Ltd.*, supra note 455 § 97

⁴⁵⁷ Lampron, Louis-Philippe, «Convictions religieuses individuelles versus égalité entre les sexes : Ambiguïtés du droit québécois et canadien» dans Paul Eid et Al., dir., *Appartenances religieuses, appartenance citoyenne*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2009, p.215

⁴⁵⁸ *Maurice c. Canada (Attorney General)* (2002) 210 D.L.R. (4th) 186 (C.F.)

⁴⁵⁹ *West Island Teachers' Association c. Nantel*, (1988) R.J.Q. 1569 (C.A.)

Au niveau de son application et des obligations qu'il impose à l'État, le droit à la liberté de religion comporte un aspect négatif et un aspect positif tout comme dans les systèmes juridiques des trois autres États de cette recherche. L'aspect négatif exige la neutralité de l'État qui oblige celui-ci à justifier raisonnablement toute contrainte imposée à l'exercice des libertés religieuses et prohibe l'adoption de mesures qui constitueraient une intervention directe dans les questions religieuses, qui viseraient un groupe religieux précis ou qui pourraient être perçues comme l'application d'un dogme religieux particulier⁴⁶⁰. L'aspect positif de la liberté de religion se réfère à l'adoption de mesures ayant pour but de préserver ce droit en interdisant toute forme de discrimination religieuse. Par ailleurs, ces deux aspects ont été illustrés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)* en ces termes :

*[La liberté de religion] conserve un caractère essentiellement négatif. En règle générale, l'État s'abstient d'agir sur le plan religieux. Il lui appartient tout au plus de mettre en place un cadre social et juridique où les consciences seront respectées*⁴⁶¹.

Dans ce même arrêt, il s'avère important de souligner l'obiter du juge Lebel qui imposerait à l'État une obligation positive d'agir pour permettre l'exercice de la liberté de religion dans des situations exceptionnelles selon les propos suivants :

*[...] notre Cour a rappelé, à maintes reprises, qu'il n'est pas toujours suffisant pour l'État d'adopter une attitude de réserve. Elle a admis que, dans certaines circonstances exceptionnelles, une mesure gouvernementale positive pourrait s'avérer nécessaire afin de donner un sens à une liberté fondamentale....*⁴⁶²

Il ajoute plus loin :

En l'espèce, nous sommes en présence d'une de ces situations exceptionnelles où une attitude de réserve de la municipalité entraverait la liberté de religion des appelants. En effet, les appelants se trouveraient dans l'impossibilité absolue d'implanter leur lieu de culte sur le territoire de la municipalité en l'absence de terrain disponible dans la seule zone autorisant ce type d'usage. L'impossibilité d'y

⁴⁶⁰ Lampron, Louis-Philippe, supra note 457, p.215

⁴⁶¹ *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, [2004] 2 R.C.S. 650 § 68 et 71, 78-79.

⁴⁶² *Ibid* §78

pratiquer leur culte créerait alors une entrave directe à leur liberté de religion. Il s'agit donc d'un exemple clair où la liberté de religion ne pourrait avoir une signification réelle sans une intervention positive des pouvoirs publics. Une telle intervention positive étant nécessaire, elle constituerait alors une limite raisonnable au principe de neutralité de l'État. Ainsi, afin de permettre aux appelants de jouir de leur liberté de religion, la municipalité devrait modifier le règlement⁴⁶³.

En l'occurrence, l'État doit veiller à adopter des lois qui n'imposent pas d'obstacles inutiles à l'exercice de la liberté de religion (aspect positif). Par contre, il n'a pas à fournir d'aide aux différents groupes religieux ni à les supporter dans les difficultés qu'ils peuvent rencontrer au niveau de leur installation et établissement au sein de la société (aspect négatif). C'est donc un droit qui vise à garantir le libre exercice de la religion en toute égalité. Parfois, pour donner un sens à ce droit l'État doit intervenir et cette intervention ne constitue pas nécessairement une violation du principe de neutralité.

En ce qui a trait à l'article 15 de la Charte, il convient de mentionner que cette disposition ne définit pas la notion de discrimination, ni le concept de droit à l'égalité. Ce constat se justifie probablement par le fait que les rédacteurs ne voulaient pas faire usage d'une approche déterministe qui aurait restreint la portée de cet article tout en limitant la marge de manœuvre dont dispose les tribunaux quant à son interprétation. Ainsi, au niveau de la portée de cette disposition, le juge McIntyre s'exprimant au nom de la majorité dans l'arrêt Andrews a stipulé que:

L'égalité est une notion qui se perçoit par rapport à la situation de d'autres dans le même contexte social. L'article 15 n'est toutefois pas une garantie générale d'égalité : le fait d'être traité de façon différente ne crée pas nécessairement d'inégalité, tandis qu'un traitement identique peut souvent donner lieu à de graves inégalités. Le paragraphe 15(2) reconnaît cette situation en disposant que les lois, programmes, et activités destinées à améliorer la situation de personnes ou de groupes défavorisés ne sont pas interdits par le paragraphe 15(1)⁴⁶⁴.

⁴⁶³ *Ibid* § 79

⁴⁶⁴ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143 § 171

Plus tard dans *Weatherall c. Canada*⁴⁶⁵, la Cour a réitéré l'ouverture de l'article 15 au principe différentialiste lorsqu'elle a statué que '*l'égalité n'implique pas nécessairement un traitement identique et, en fait, un traitement différent peut s'avérer nécessaire dans certains cas pour promouvoir l'égalité*'. Par conséquent, il s'avère nécessaire de tenir compte des circonstances relatives à chaque cas pour pouvoir déterminer l'application appropriée de cette disposition.

L'article 27 de la Charte, pour sa part, ne confère aucun droit mais constitue un rappel exigeant de tenir compte du caractère multiculturel du Canada dans l'interprétation des autres dispositions de la Charte. Par ailleurs, la doctrine suggère qu'il a souvent été utilisé en conjonction avec l'article 2 (a) de la Charte dans le contexte des revendications émanant des groupes religieux au pays. Ainsi dans l'arrêt *R. c. Videoflicks Ltd.*, la Cour d'appel a souligné l'importance de l'article 27 dans la mesure où il renforce la liberté de religion contenue dans l'article 2 a) de la Charte⁴⁶⁶. Dans *R. c. Big M, Drug Mart* [précité] l'article 27 a été utilisé en conjonction avec l'article 2 (a) pour invalider la *Loi sur le dimanche* de 1970⁴⁶⁷. Cependant, dans *Edwards Book and Arts Ltd.*, la Cour suprême a examiné la *Loi sur les jours fériés dans le commerce* de l'Ontario au regard des deux dispositions pour statuer qu'elle pouvait se justifier en vertu de l'article Premier de la Charte car, contrairement à la *Loi fédérale sur le dimanche*, elle contenait des dispositions d'exemption pour l'observation du Sabbat le samedi et qu'elle avait des objectifs séculiers⁴⁶⁸. Plus récemment, dans les arrêts *Multani c. Commission scolaire Marguerite Bourgeoys*⁴⁶⁹ et

⁴⁶⁵ *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872. Dans cette affaire qui concernait la fouille par palpation des prisonniers de sexe masculin par des gardiennes de prison. La Cour a conclu qu'il n'y avait pas violation de l'article 15(1) compte tenu des différences biologiques, historiques et sociologiques existant entre les hommes et les femmes. Elle a également ajouté '*La réalité du rapport entre les sexes est telle que la tendance historique à la violence des hommes envers les femmes ne trouve pas son pareil dans le sens inverse, c'est-à-dire en ce sens que les hommes seraient les victimes et les femmes les agresseurs*'.

⁴⁶⁶ *R. c. Videoflicks Ltd.*, 1984 CanLII 44 (ON CA)

⁴⁶⁷ *R. c. Big M. Drug Mart* supra note 450

⁴⁶⁸ *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, supra note 455

⁴⁶⁹ *Multani c. Commission scolaire Marguerite Bourgeoys* [2006] CSC 6

*Alberta c. Hutterian Brethren Colony*⁴⁷⁰ la Cour a examiné les revendications religieuses d'un jeune de religion Sikh et lui a accordé le droit de porter son *kirpan* en vertu des mêmes dispositions mais a rejeté le droit des Huttériens de ne pas se faire prendre en photos pour l'obtention du permis de conduire dans le but de préserver l'intégrité du système de délivrance de permis.

À la lumière des éléments mentionnés ci-haut il nous est aisé de voir que la liberté de religion au Canada comporte un aspect positif et un aspect négatif tout comme dans les systèmes juridiques des autres États faisant l'objet de cette recherche. Pendant que l'aspect des croyances et conviction est absolu, la question de l'expression de ces croyances dans l'espace public ne l'est pas, surtout lorsqu'elle est opposée aux droits d'autrui tout comme dans les trois autres États à l'étude. Cependant, parmi ces États, le Canada est celui qui se trouve le plus près de la perspective différentialiste, voire même de la vision communautarienne au niveau de la mise en œuvre et du respect des droits à l'égalité. En particulier parce qu'il est le seul État à disposer d'une politique sur le multiculturalisme et de l'interculturalisme dans le cas du Québec dont les objectifs principaux visent le respect de la différence et l'établissement d'un équilibre entre les perspectives communautarienne, le libéralisme classique et le libéralisme repensé de Kymlicka.

Dans la prochaine sous-section de l'analyse nous allons examiner un important aspect de la mise en œuvre du droit à la liberté de religion et qui est un corollaire des droits à l'égalité c'est la notion d'obligation d'accommodement raisonnable qui a connu des développements importants au Canada par rapport à la France et la Suisse en particulier.

4.4 L'obligation d'accommodement dans le contexte religieux au Canada

⁴⁷⁰ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony* [2009] 37 CSC

Bien que n'étant mentionné nulle part dans *la Charte canadienne des droits et libertés*, l'obligation d'accommodement a été justifiée comme découlant des droits à l'égalité enchâssés au sein de cette même Charte qui prévoit que la loi s'applique également à tous, indépendamment de toute discrimination fondée notamment sur la religion. Dans cette optique, il importe de se demander quelle est l'origine de l'obligation d'accommodement dans le contexte juridique canadien? Quels sont ses fondements et sa portée?

Selon la doctrine, l'obligation d'accommodement est une création jurisprudentielle des années 1980 dans un litige concernant la discrimination sur la base de la religion⁴⁷¹. En effet, dans l'affaire *O'Malley*⁴⁷², une employée de l'Église adventiste du Septième jour alléguait avoir subi de la discrimination fondée sur la religion parce que son employeur exigeait d'elle qu'elle travaille le samedi, jour du sabbat alors que ses croyances religieuses le lui interdisaient. La Cour suprême du Canada lui a donné gain de cause en statuant que le droit à l'égalité inscrit dans le *Code des droits de la personne de l'Ontario*⁴⁷³ créait pour l'employeur l'obligation d'aménager l'horaire de travail de son employée de manière à tenir compte des particularités propres à sa pratique religieuse.

Dans ce même ordre d'idées, l'auteur Pierre Bosset définit l'obligation d'accommodement comme «une obligation juridique, applicable dans une situation de discrimination, et consistant à aménager une norme ou une pratique de portée universelle dans les limites du raisonnable, en accordant un traitement différentiel à une personne qui, autrement serait pénalisée par l'application d'une telle norme»⁴⁷⁴. À l'origine, l'obligation

⁴⁷¹ Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, *Document de réflexion : La Charte et la prise en compte de la religion dans l'espace public*, supra note 142, p. 32

⁴⁷² *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536, 554

⁴⁷³ *Code ontarien des droits de la personne*, L.R.O. 1980 chap. 340

⁴⁷⁴ Bosset, Pierre, «Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable» dans Jézéquel, Myriam, dir., *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où? Des outils pour tous*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 10. Certains affirment que l'obligation d'accommodement en matière religieuse illustre le fait qu'il n'existe pas une étanchéité parfaite entre religion et État. Puisque l'État aide ceux qui subissent des désavantages, il n'est donc pas possible de soutenir qu'il existe une neutralité pure et dure. Laliberté, Julie supra note 119, p. 86

d'accommodement s'appliquait uniquement dans les cas de discrimination indirecte, c'est-à-dire lorsqu'une norme en apparence neutre avait un impact discriminatoire par suite d'effets préjudiciables⁴⁷⁵. Depuis l'arrêt *Meiorin*⁴⁷⁶, les tribunaux n'établissent plus de distinction entre discrimination directe et indirecte quant aux moyens de défense permettant à l'employeur de prouver le caractère déraisonnable d'une mesure d'accommodement. En effet, dans cet arrêt, la Cour a conçu une méthode unifiée qui comporte deux avantages : le premier est que l'obligation d'accommodement doit être intégrée aux normes d'emplois dans tous les cas de discrimination (directe ou indirecte). Le second oblige désormais les employeurs à incorporer dans la norme elle-même la ou les mesures d'accommodement nécessaires afin de ne pas pénaliser indûment certaines catégories d'individus en raison d'un motif de discrimination prohibé. Les critères de la nouvelle méthode sont ainsi décrits par la Cour :

[...] je propose d'adopter la méthode en trois étapes qui suit pour déterminer si une norme discriminatoire à première vue est une [exigence professionnelle justifiée]. L'employeur peut justifier la norme contestée en établissant selon la prépondérance des probabilités : (1) qu'il a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en cause; (2) qu'il a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime; (3) que la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail. Pour prouver que la norme est raisonnablement nécessaire, il faut démontrer qu'il est impossible de composer avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que l'employeur subisse une contrainte excessive⁴⁷⁷.

Ainsi, ce test en trois étapes oblige l'employeur à établir des normes qui composent avec l'apport potentiel de tous les employés dans la mesure où cela peut être fait sans que

⁴⁷⁵ Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, supra note 142, p. 38

⁴⁷⁶ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3

⁴⁷⁷ *Ibid.*, § 32. Le professeur Woehrling a également développé les critères suivants en vue de demander et d'obtenir un accommodement religieux. Ces critères sont les suivants : (1) Le demandeur doit démontrer que sa demande repose sur des convictions morales ou religieuses qui mettent en jeu des principes de vie fondamentaux, des valeurs spirituelles permanentes et universelles par opposition aux simples opinions ou idées portant sur des choix sociaux, politiques, économiques ou esthétiques; (2) Il faut que les convictions religieuses du demandeur soient sincères et existent vraiment; et (3) Le demandeur doit démontrer que l'effet de la restriction sur sa liberté de religion est grave. Voir : Woehrling, Josée, «L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse» (1998) 43 R.D. McGill, 325, 358 et 359

l'entreprise ne subisse une contrainte excessive⁴⁷⁸. Selon la doctrine, ce test apportera de profonds changements aux niveaux des conditions de travail qui devront désormais être révisées afin de prévoir des traitements adaptés aux besoins des groupes et personnes. En l'occurrence, le principe d'accommodement se trouve au cœur de la perspective différentialiste dans la mesure où il accorde un statut constitutionnel au respect de la différence. Dans ce contexte, il est susceptible d'être appliqué à chacun des motifs de discrimination prohibés par la *Charte canadienne des droits et libertés* [précitée].

S'agissant de discrimination, nous sommes d'avis qu'il est nécessaire de comprendre la perspective de la Cour suprême quant à cette notion afin de saisir l'étendue de la notion d'accommodement. Ainsi, la notion de discrimination selon la plus haute cour du Canada découle d'une norme ou d'une mesure qui, intentionnellement ou non, a pour effet d'imposer un fardeau à un individu, sur la base d'un motif de discrimination prohibé⁴⁷⁹. Dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia* [précité], la Cour suprême a affirmé que cette notion implique également «des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts aux membres de la société»⁴⁸⁰. Cette définition met l'accent sur l'effet de la norme et non sur l'intention des décideurs publics qui l'ont créé.

Dans cette optique, est discriminatoire au sens de la *Charte canadienne des droits et libertés* [précitée] toute norme ou mesure qui, bien qu'en apparence neutre, a pour effet, de pénaliser ou de désavantager indûment certains individus dans l'exercice et la reconnaissance de leurs droits et libertés en omettant de prendre en considération leurs caractéristiques particulières liées à un motif de discrimination prohibé, notamment la

⁴⁷⁸ *Ibid*, § 33

⁴⁷⁹ Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, *Document de réflexion : La Charte et la prise en compte de la religion dans l'espace public*, supra note 142, p. 33

⁴⁸⁰ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, supra note 464, p. 174

religion. Ainsi, dans l'arrêt *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*⁴⁸¹, la Cour suprême du Canada a rattaché plus étroitement encore la notion d'accommodement raisonnable et les droits à l'égalité en statuant que le calendrier de travail des employés d'une commission scolaire bien que neutre à première vue, avait néanmoins, un effet discriminatoire indirect sur les enseignants de confession juive puisqu'il était établi en fonction du calendrier des fêtes religieuses catholiques. Selon le raisonnement de la Cour, ces enseignants, à cause de leurs croyances religieuses doivent prendre une journée de congé, alors que la majorité de leurs collègues ont leurs jours de fêtes religieuses reconnus comme jours de congé. Selon cette perspective, nous pouvons dire que les lois adoptées par l'État français pour interdire le port des signes ostentatoires dans l'espace public ainsi que l'interdiction de la *burqa* dans les lieux publics auraient pu violer les principes du droit à l'égalité tout en étant une sérieuse entorse à l'obligation d'accommodement dans le contexte juridique canadien.

Dans ce même ordre d'idées, le bien-fondé de l'existence du principe d'accommodement réside dans le fait que les normes sociales et institutionnelles ne sont pas neutres puisqu'elles tendent à épouser les discours, les sous-cultures et les intérêts des groupes politiquement et historiquement dominants. L'admission d'une telle prémisse fait en sorte que l'accommodement raisonnable répond au précepte de redressement des inégalités qui se trouve au sein du cadre de Fredman. Également, il répond au principe du libéralisme repensé de Kymlicka qui exige la reconnaissance et le respect des droits des minorités ainsi que la promotion de l'indépendance morale et de l'autonomie des individus dans le but de promouvoir l'égalité réelle au sein de la société. À ce titre, l'accommodement raisonnable concourt *de facto* à l'intégration des minorités religieuses au sein de la société d'accueil tout en profitant *de jure* aux membres de la majorité de la population⁴⁸².

⁴⁸¹ *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525, § 544 Dans cet arrêt, la Cour a stipulé que «l'obligation d'accommodement est une partie intégrante du droit à l'égalité»

⁴⁸² Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, *Document de réflexion : La Charte et la prise en compte de la religion dans l'espace public*, supra note 142, p. 37. Il s'avère également important de noter que de l'avis de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du

Dans ce même ordre d'idées, l'obligation d'accommodement raisonnable n'est pas un droit absolu et comporte donc des limites qui se concrétisent dans la réalité par la notion de «contrainte excessive». Ainsi, dans l'arrêt *O'Malley* [précité] la juge McIntyre mentionne les deux éléments pouvant constituer une contrainte excessive : (1) l'entrave indue à l'exploitation de l'entreprise; et (2) les coûts excessifs⁴⁸³. Dans cette même optique, dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool*, la juge Wilson a établi une série de facteurs devant être appréciés dans l'évaluation de la notion de contrainte excessive :

*[...] le coût financier, l'atteinte à la convention collective, le moral du personnel et l'interchangeabilité des effectifs et des installations. L'importance de l'exploitation de l'employeur peut jouer sur l'évaluation de ce qui représente un coût excessif sur la facilité avec laquelle les effectifs et les installations peuvent s'adapter aux circonstances*⁴⁸⁴.

Pour que les coûts de l'accommodement soient considérés excessifs, ils doivent être réellement trop élevés pour l'entreprise dans les circonstances. Quant à l'effet sur les autres employés, il doit constituer une atteinte réelle à leurs droits ou une dérogation importante à la convention collective⁴⁸⁵. Plus tard, dans *Meiorin* [précité] la cour énumère trois autres critères représentant une contrainte excessive : l'impossibilité d'accommoder, le risque grave et le coût exorbitant⁴⁸⁶.

Québec, l'accommodement raisonnable profite *de facto* aux minorités mais les membres de la majorité peuvent également en tirer profit *de jure*. En effet, dans une affaire au sein de laquelle deux ambulanciers qui s'étaient présentés dans la cafétéria de l'Hôpital général juif s'étaient faits dire de quitter les lieux parce qu'il était interdit de consommer de la nourriture non cachère ont saisi la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec qui leur a donné gain de cause. De l'avis de la Commission, étant donné que l'Hôpital général juif est un établissement public au sens de la loi, donc ouvert à tous, et que nul ne peut être contraint d'observer une pratique religieuse contre son gré, l'Hôpital aurait dû diriger les ambulanciers vers un local désigné comme non cachère pour qu'ils puissent y manger leur lunch.

⁴⁸³ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons Sears*, précité, Note 472, § 555

⁴⁸⁴ *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, § 520

⁴⁸⁵ Brunelle, Christian, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001

⁴⁸⁶ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, supra note 476, § 32

Dans ce même ordre d'idées, selon la doctrine et la jurisprudence le fardeau de preuve incombe à l'entreprise ou à l'institution mise en cause car cette dernière est en meilleure position pour savoir les ressources dont elle dispose pour mettre en œuvre la mesure d'accommodement demandée. Dans cette optique, l'entreprise ou l'institution devra démontrer qu'elle a négocié de bonne foi avec le demandeur et qu'elle a fait un effort sérieux pour essayer d'arriver à une solution négociée avec ce dernier. La notion de réciprocité se trouve au cœur de cette obligation de négocier de bonne foi puisque le demandeur devra coopérer avec l'employeur ou l'institution en acceptant tout accommodement raisonnable proposé, même si ce dernier ne répond pas à tous ses besoins⁴⁸⁷. Par ailleurs, cette recherche d'ouverture réciproque à la négociation et à la coopération dans la recherche d'un accommodement raisonnable est rattaché plus largement selon la Cour suprême, tant pour les détenteurs de droits que pour les institutions «à préserver la structure sociale dans laquelle chaque droit peut être protégé sans porter atteinte indûment aux autres⁴⁸⁸». En d'autres mots, l'effort d'accommodement doit être réel et suffisant pour qu'il soit reconnu par l'instance judiciaire.

Dans un autre ordre d'idées, et dans une perspective plus large, certaines demandes ou tentatives d'accommodements voient leur impact exagéré par les médias qui, dès lors, exacerbent les tensions sociales entre minorités et majorités. Par exemple, les médias ont attiré l'attention du public sur une décision d'un juge de l'Ontario qui a interdit l'érection d'un arbre de Noël devant un palais de justice bien qu'aucun membre des minorités religieuses n'ait logé de plaintes à ce sujet. Ces faits ont un impact négatif sur la perception des minorités religieuses de la part de la majorité et compliquent leur intégration et le développement de leur sentiment d'appartenance à la société d'accueil. C'est d'ailleurs pour ces raisons que la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles a été mise sur pied et que depuis les dernières élections, le Gouvernement du Québec parle de l'adoption d'une Charte sur la laïcité dans les services

⁴⁸⁷ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears* supra note 472, § 22

⁴⁸⁸ *Ibid*

publics et parapublics qui viserait à interdire le port de signes religieux ostentatoires par les employés de l'État ainsi que la récitation de la prière dans les municipalités⁴⁸⁹.

Pour conclure, nous pouvons dire que bien que le principe d'accommodement soit plus récent au Canada qu'aux États-Unis, il a toutefois connu des développements importants qui font en sorte qu'il a une plus grande portée au Canada qu'aux États-Unis alors qu'en Europe ce principe juridique est encore à un stade embryonnaire. En effet, la Cour suprême a élargi l'application de l'accommodement à toutes les formes de discrimination tandis que le plus haut tribunal des États-Unis a toujours donné une interprétation très restrictive à cette obligation. Par ailleurs, alors que la signification, la portée et les limites de l'obligation d'accommodement ont surtout été établies par les tribunaux au Canada, aux États-Unis, la Cour suprême a joué un rôle similaire mais non sans l'intervention poussée du Congrès américain qui cherche toujours à élargir la portée de l'accommodement religieux.

Enfin, à la lumière des analyses qui sont faites dans ce chapitre, peut-on dire que les principes relatifs à la liberté de religion au sein des 4 États à l'étude sont conformes aux obligations et aux préceptes du droit international? La réponse à cette question est jusqu'à un certain point positive, nous pouvons même dire qu'ils vont plus loin que le droit international onusien et européen en reconnaissant les principes d'accommodement religieux qui permettent de tenir compte des différences culturelles dans la mise en œuvre des politiques relatives à la liberté de religion, dont le port des signes religieux dans l'espace public.

Le prochain chapitre de ce mémoire consistera en un survol analytique détaillé de la jurisprudence émanant des tribunaux des États à l'étude pour pouvoir dégager les principes et les règles de droit sur lesquels ils se basent pour autoriser ou refuser le port des signes

⁴⁸⁹ Radio-Canada, *Le PQ propose une charte de la laïcité*, 14 août 2012 en ligne : <http://www.radio-canada.ca/sujet/elections-quebec-2012/2012/08/14/006-pq-charte-laicite.shtml>

religieux en public dans divers secteurs de la société y compris, l'éducation, l'emploi, dans les salles d'audience des tribunaux, dans l'armée et les forces de l'ordre. Cependant, avant de procéder, il convient d'examiner d'une façon plus détaillé le fardeau de la preuve relatif au port des signes religieux dans l'espace public dans les 4 États.

Chapitre sixième

Le fardeau de la preuve relatif au port des signes religieux dans l'espace public au sein du Canada, des États-Unis, de la France et de la Suisse

Introduction

Des développements importants ont eu lieu dans la jurisprudence des quatre États à l'étude en rapport à la liberté de religion mais, plus particulièrement sur la question du port des signes religieux dans l'espace public. Dans ce contexte, nous examinerons l'état du droit de ces États quant à cette problématique dans les écoles, les aéroports, les milieux de travail, la police et l'armée dans le but d'établir les similitudes et les différences de leurs régimes juridiques avec les droits onusien et européen. Mais, avant d'entrer dans le vif du sujet, il convient de se pencher brièvement sur le fardeau de la preuve ainsi que sur les critères employés par les tribunaux afin de déterminer qui, des justiciables ou des États, doit assumer le poids le plus lourd au niveau de la preuve. Dans ce contexte particulier, nous réfléchirons tout d'abord sur les éléments de preuve devant être démontrés par le justiciable qui allègue la violation de sa liberté religieuse par l'État, l'employeur ou le fournisseur de service. Pour ensuite, mettre en exergue les éléments relatifs au fardeau de preuve qui incombe à l'État, l'employeur et le fournisseur de service dans le contexte d'un litige relatif à la problématique qui nous préoccupe dans le cadre de ce mémoire. En d'autres termes, nous tenterons de systématiser la comparaison en allant du général au particulier.

I

Le fardeau de la preuve relatif à la liberté de religion au Canada

Quelle est la preuve que le plaignant qui allègue une violation de son droit à la liberté de religion doit démontrer devant les tribunaux au Canada? La réponse à cette question est complexe parce qu'elle nécessite l'examen du fardeau de la preuve au niveau constitutionnel (la Charte) et non constitutionnel (les codes des droits de la personne des provinces) avec une attention particulière sur la notion d'accommodement. Au niveau constitutionnel, la Cour suprême du Canada a établi un test subjectif à deux volets pour qu'un demandeur puisse invoquer une violation de sa liberté de religion en vertu de la Charte. Premièrement, le plaignant doit : (1) croire sincèrement devoir accomplir l'acte, le rite ou la pratique religieuse sur lequel il fonde sa revendication ou devoir s'abstenir de faire ce qu'on lui demande de faire en raison de ses croyances; et (2) il doit démontrer que l'atteinte à sa liberté est plus que «minime ou insignifiante»⁴⁹⁰. Enfin, ce qui à trait à la question particulière de l'obligation d'accommodement, le fardeau de preuve repose d'abord et avant tout sur l'État, l'employeur et le fournisseur de service comme nous le verrons plus loin, dans la mesure où la loi, la norme ou la politique contestée à un effet d'exclusion discriminatoire ou cause un préjudice sérieux relativement aux croyances religieuses des justiciables. Que veulent dire ces préceptes? Et comment encadrent-ils la démonstration d'une violation du droit à la liberté de religion dans le cadre d'un litige en vertu de la Charte?

S'agissant du critère de la «croyance sincère», la Cour suprême du Canada a stipulé dans l'arrêt *Syndicat Northcrest c. Anselem* [précité] que ce principe se réfère aux croyances et pratiques qui, sincèrement, ont pour but la communication avec une entité divine ou encore entrent dans le cadre de la foi spirituelle, et cela indépendamment de l'existence de quelque

⁴⁹⁰ *Syndicat Northcrest c. Anselem* précité note 452; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, précité note 469; *Ross c. Conseil scolaire du district no. 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825

obligation, exigence ou précepte religieux objectif⁴⁹¹. En l'occurrence, une croyance sincère est une croyance honnête et le tribunal doit s'assurer que la croyance religieuse invoquée est avancée de bonne foi, qu'elle n'est ni fictive ni arbitraire et qu'elle ne constitue pas un artifice⁴⁹². Ainsi, le tribunal peut examiner la crédibilité de la preuve présentée par le plaignant et déterminer si cette croyance est compatible avec ses autres pratiques courantes. Cependant, pour mesurer la sincérité d'une croyance religieuse affirmée, il n'est pas approprié de conclure que les croyances actuellement professées par le plaignant ne sont pas valides ou sincères du seul fait qu'elle les aurait rejeté ou ne les aurait pas suivis par le passé⁴⁹³. En d'autres termes, la 'piété parfaite' n'est pas une condition préalable à l'exercice du droit à la liberté de religion que la Charte garantit à tout justiciable au pays.

Dans ce même ordre d'idées, la doctrine mentionne que l'examen de la sincérité doit porter sur la croyance au moment de l'atteinte à la liberté de religion⁴⁹⁴. Par conséquent, il ne convient pas aux tribunaux d'examiner les pratiques antérieures du demandeur mais les croyances religieuses actuelles de ce dernier⁴⁹⁵. Ce critère, qui à première vue, favorise le justiciable est contraire à l'approche adoptée par les tribunaux américains comme nous le verrons plus loin dans notre analyse.

⁴⁹¹ Louis-Philippe, Lampron, supra note 457, p. 215

⁴⁹² [Note] L'arrêt *Bruker c. Markovitz*, [2007] 3 R.C.S. 607, 2007, § 69 constitue l'illustration parfaite d'une croyance non sincère de la part de M. Bruker dans un litige portant sur le droit à la liberté de religion. La Cour suprême du Canada, après avoir examiné objectivement les éléments de preuve relatifs à la croyance religieuse de celui-ci a affirmé «*que son refus [M. Bruker] d'accorder le get était fondé moins sur une conviction religieuse que sur le fait qu'il était fâché contre M^{me} Bruker.*»

⁴⁹³ [Note] La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé ce dernier point dans l'arrêt *R c. N.S.*, 2010 ONCA 670 (CANLII) autorisation d'interjeter appel devant la Cour suprême du Canada accordée. Cet arrêt sera examiné de manière plus approfondie dans le prochain chapitre de ce mémoire.

⁴⁹⁴ [Note] Dans l'arrêt *Syndicat Northcrest c. Anselem* [précité] la Cour suprême du Canada a reconnu que le témoignage des experts ne doit pas former l'essentiel du jugement des tribunaux. Voir également Dabby, Dia, *Triangulation of Rights, Balancing of Interests : Exploring the Tensions between Freedom of Conscience and Freedom of Religion in Comparative Constitutional Law*, Faculté de droit, Université de Montréal, Janvier 2010, p. 57

⁴⁹⁵ Dabby, Dia, supra note 494 p. 58

Par ailleurs, bien que la sincérité des croyances et des pratiques religieuses d'une personne soit la seule condition pertinente pour établir si ses droits religieux sont en cause, la Cour suprême du Canada a récemment confirmé dans l'arrêt *S.L. c. Commission scolaire des Chênes* qu'il faut des preuves objectives pour établir qu'il y a eu atteinte à des droits religieux⁴⁹⁶. Dans cette optique, il ne suffit donc pas qu'une personne déclare qu'elle croit sincèrement que ses droits ont été enfreints, il lui faut prouver la violation. Par ailleurs, comme pour tout autre droit, prouver l'atteinte exige une analyse objective des règles, faits ou actes en jeu pour déterminer s'ils portent véritablement atteinte à l'exercice du droit à la liberté de religion et, le cas échéant, dans quelle mesure? De plus, le justiciable doit prouver l'atteinte à ses droits suivant la prépondérance des probabilités. Cette preuve peut prendre toutes les formes reconnues par la loi, mais elle doit d'abord reposer sur des faits objectivement démontrables.

En ce qui a trait au critère de «l'atteinte minime» ou «insignifiante», il repose sur une approche flexible qui consiste pour le tribunal de se demander s'il existe un autre moyen moins attentatoire pour l'État d'atteindre son objectif que celui qui fait l'objet du litige? Par ailleurs, la Cour suprême du Canada a statué qu'il n'y avait pas violation de la liberté de conscience ou de religion lorsque l'action législative ou administrative avait un effet «négligeable» ou «insignifiant» sur le droit à la liberté de religion⁴⁹⁷. Ce raisonnement

⁴⁹⁶ *S.L. c. Commission scolaire des Chênes* [2012] R.C.S. 235, § 22-24. Il convient de noter que bien avant cet arrêt, les tribunaux du Canada exigeaient la preuve objective d'une atteinte à la croyance religieuse dans tout litige portant sur la liberté de religion. Ainsi, dans l'arrêt *Kempling c. British Columbia College of Teachers* [2005] BCCA 327 (CANLII), la Cour d'appel de la Colombie Britannique a statué que la preuve des obligations religieuses d'une personne et l'évaluation de sa sincérité peut comporter des éléments objectifs de crédibilité. Dans cette affaire, il n'y avait aucune preuve qui permettait d'identifier la religion ou les préceptes de foi de M. Kempling et aucune preuve pour établir que sa capacité de pouvoir pratiquer sa religion serait compromise par l'interdiction imposée par le *College of Teachers*. En l'occurrence, sa requête a été rejetée.

⁴⁹⁷ *R c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, § 67-68. De plus dans l'affaire *R c. Badesha*, (2011) ONCJ 284 (CANLII), la Cour de justice de l'Ontario a observé que le degré d'ingérence qui doit être démontré avant que l'on considère que les effets sur les droits religieux sont plus que «négligeables» ou «insignifiants» peut varier selon des circonstances particulières. La cause portait sur la contestation d'une loi ontarienne qui oblige le port du casque de protection pour conduire une motocyclette. La Cour a conclu que l'atteinte aux droits de M. Badesha découlant du fait qu'il ne pouvait pas conduire une motocyclette était négligeable et insignifiante dans la mesure où la limite imposée par la loi avait un effet sur sa capacité de conduire une motocyclette de

découle principalement de l'adoption d'une analyse de la Charte en fonction de ses effets, car dire que toute loi qui a un effet sur la religion, si minime soit-il, viole la garantie conférée à la religion «limiterait radicalement la latitude opérationnelle du législateur»⁴⁹⁸. Dans cette même optique, dans l'arrêt *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, la plus haute instance judiciaire du Canada a mentionné qu'il y avait un coût associé au choix religieux des hutterites qui se traduisait par l'interdiction de conduire sur la voie publique parce que leur religion leur interdisait de se faire prendre en photo mais que ce coût n'était pas prohibitif parce que l'intégrité du système de délivrance de permis de la province se devait d'être préservée⁴⁹⁹. De plus, dans l'affaire *S.L. c. Commission scolaire des Chênes* [précitée], la Cour a réitéré ce principe en affirmant

*L'exposition précoce des enfants à des réalités autres que celles qu'ils vivent dans leur environnement familial immédiat constitue un fait de la vie en société. Suggérer que le fait même d'exposer des enfants à différents faits religieux porte atteinte à la liberté de religion de ceux-ci ou de leurs parents revient à rejeter la réalité multiculturelle de la société canadienne et méconnaître les obligations de l'État québécois en matière d'éducation publique. Bien qu'une telle exposition puisse être source de frictions, elle ne constitue pas en soi une atteinte à l'al. 2a) de la Charte canadienne et à l'art. 3 de la Charte québécoise*⁵⁰⁰.

À notre avis, cette citation illustre encore une fois le fait que l'atteinte à la liberté de religion doit être plus que minime ou insignifiante pour que la Cour statue qu'il y a atteinte à ce droit.

Une fois que les étapes de ce test⁵⁰¹ sont satisfaites par le requérant, il se produit un renversement du fardeau de la preuve et le défendeur (gouvernement, fournisseur de

la façon dont il voulait, non sur son droit de s'adonner au culte ou de mettre en pratique les croyances liées à sa religion. Dans ce contexte, conduire tout type de véhicule est un privilège, non un droit.

⁴⁹⁸ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567

⁴⁹⁹ *Ibid*

⁵⁰⁰ *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, supra note 496, § 40

⁵⁰¹ Selon les propos du professeur Lampron, supra note 457, p. 217, les étapes de ce test posent deux grandes préoccupations : (1) les juges ne peuvent tenter de sonder la croyance religieuse invoquée en ayant recours à un «expert religieux» dans le but de vérifier si, oui ou non, cette croyance a un fondement dogmatique quelconque, puisque l'évaluation de la croyance doit se faire indépendamment de l'existence de quelque obligation, exigence ou précepte religieux objectif; (2) [les juges] ne peuvent exiger la preuve d'une pratique constante au cours des années qui ont précédé la requête, puisque l'évaluation de la croyance doit être faite au moment de l'atteinte à la liberté. Ainsi, il suffit qu'un individu fasse la démonstration qu'il croit

service, employeur) doit tenter de démontrer le caractère justifiable de la mesure contestée dans une société libre et démocratique telle que le requiert l'article 1 de la Charte [précité] avec une attention particulière sur la validité des objectifs poursuivis ainsi que la proportionnalité des moyens utilisés pour atteindre lesdits objectifs. Dans cette optique, le défendeur doit respecter les étapes suivantes qui ont été établies par la Cour suprême du Canada au sein de l'arrêt *R c. Oakes*⁵⁰²:

En premier lieu, l'objectif que visent les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la Charte doit être «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution».

En deuxième lieu, dès qu'il est reconnu qu'un objectif est suffisamment important, la partie qui invoque l'article premier doit alors démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. Cela nécessite l'application «d'une sorte de critère de proportionnalité»⁵⁰³ [...] qui comporte trois éléments : (1) les mesures adoptées doivent soigneusement être conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. (2) à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question⁵⁰⁴. (3) Il doit y avoir une proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la Charte et l'objectif reconnu comme «suffisamment important».

L'examen de ces critères nous permet de dire que les deuxième et troisième éléments du test ressemblent au *Compelling State Interest* appliqué par les tribunaux américains au niveau de l'importance de la mesure étatique ainsi que de l'atteinte minimale ou insignifiante aux droits des nationaux. La mention «d'une sorte de critère de proportionnalité» nous permet d'affirmer que ce test comporte également des similitudes avec celui employé par la Cour européenne comme nous l'avions vu plus haut. Dans cette optique, ces analyses nous permettent d'avancer que l'article 2 a) de la Charte a une très

sincèrement que sa foi spirituelle l'oblige à réaliser (ou à s'abstenir de réaliser) certains rites ou actions pour répondre à ce critère du test. Le professeur Gaudreault-Desbiens a également questionné ce test pour le moins subjectif qui ne facilite pas le travail des tribunaux. Gaudreault-Desbiens, Jean-François «Quelques angles morts du débat sur l'accommodement raisonnable à la lumière de la question du port des signes religieux à l'école publique : réflexions en forme de points d'interrogation» dans Myriam Jézéquel (dir.) *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où? Des outils pour tous*, supra note 8, p. 241-247

⁵⁰² *R c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, § 69-70

⁵⁰³ *R c. Big M Drug Mart Ltd.*, supra note 450, p. 352

⁵⁰⁴ *Ibid*

large portée et confère une grande protection aux différentes convictions et croyances religieuses qui sont similaires aux garanties qui sont offertes par le Pacte et la Convention européenne.

En ce qui à trait à l'obligation d'accommodement, nous pouvons dire qu'au niveau concret, dans le cas par exemple d'un refus d'accommodement, le défendeur doit prouver la validité des objectifs poursuivis par son refus et la proportionnalité des moyens utilisés pour contrer le critère de l'atteinte minimale mentionnée plus haut⁵⁰⁵. Au niveau du critère des objectifs légitimes poursuivis par la mesure de restriction aux droits religieux, le défendeur doit prouver que sa politique est fondée sur un objectif légitime important qui peut être dans le cas d'une entreprise d'assurer le fonctionnement efficace du milieu du travail; de garantir la santé et la sécurité du personnel ou pour préserver les droits des autres travailleurs.

Le critère de la proportionnalité pour sa part exige du défendeur qu'il prouve que la mesure de restriction adoptée repose sur une politique rationnelle et qu'elle est justifiée par des considérations pertinentes. À ce niveau, le défendeur doit démontrer que la norme ou la politique contestée est liée au bon fonctionnement de l'entreprise et qu'elle ne repose pas sur des préjugés. La Cour suprême du Canada a par ailleurs réaffirmé l'importance du caractère rationnel de la norme ou de la politique dans l'arrêt *Canadian National Railways Co., c. Action travail des femmes*⁵⁰⁶ ou elle a jugé que la politique du *Canadian National Railways* qui exigeait de tous ses employés à l'entretien des wagons qu'ils soient capables de soulever des poids de 80 kilogrammes était d'une part discriminatoire à l'égard des femmes et, d'autre part, irrationnelle puisqu'elle n'était liée à aucune exigence réelle de ces emplois ni aucun objectif clair de la part de *Canadian National Railways*. En effet, la preuve objective présentée durant le litige a démontré que non seulement aucun employé n'avait à soulever de poids de 80 kilogrammes dans le cadre du travail, mais, quand un tel

⁵⁰⁵ Proulx, Daniel, *L'accommodement raisonnable, ou en sommes nous?* Sherbrooke, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, p. 18

⁵⁰⁶ *Canadian National Railways Co., v. Canada (Commission des droits de la personne) Action travail des femmes* (1987) 8 C.H.R.R. D/4210 (S.C.C.)

cas se présentait, une directive de l'employeur recommandait aux employés de se mettre par deux pour éviter des accidents de travail.

Dans le cas où la règle est rationnelle mais qu'elle a néanmoins un effet d'exclusion sur un individu en fonction de sa religion, le défendeur doit démontrer qu'il a fait tous les efforts possibles pour faciliter l'accommodement du demandeur. En particulier, le défendeur doit démontrer qu'il a exploré toutes les possibilités raisonnables et faisables avant de déclarer qu'il ne pouvait pas accommoder le demandeur car l'accommodement raisonnable est d'abord et avant tout une obligation de moyens⁵⁰⁷.

Dans ce même ordre d'idées, l'effort d'accommodement est mutuel et exige la coopération du demandeur qui ne devrait pas s'attendre à une solution parfaite mais à une entente de compromis⁵⁰⁸. Dans cette optique, l'accommodement raisonnable repose sur la négociation raisonnée et de bonne foi d'une mesure qui puisse satisfaire minimalement toutes les parties. Ainsi dans l'affaire *Multani* [précitée] que nous analyserons dans le prochain chapitre, les parents ont dû accepter à titre de compromis que le kirpan soit enfermé dans la taille de leur enfant de manière à ce qu'il soit pratiquement inaccessible. Sans ce compromis, les autorités scolaires auraient été totalement en droit d'interdire le port de ce signe religieux à l'école.

En ce qui a trait à la notion de contrainte excessive, le défendeur peut présenter comme preuve les éléments suivants : (1) le coût excessif de l'accommodement par rapport à la taille et à la santé financière de l'entreprise⁵⁰⁹; (2) l'entrave au bon fonctionnement de l'entreprise qui demande que le défendeur démontre que l'accommodement causerait des

⁵⁰⁷ *Ibid*

⁵⁰⁸ *Ibid*

⁵⁰⁹ *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, supra note 481. Dans cette affaire la Cour suprême a affirmé que la preuve que la mise en place d'un accommodement entraîne des coûts pour l'entreprise du défendeur ne constitue pas en soi une contrainte excessive. En l'occurrence l'argument ne peut pas être que l'accommodement souhaité entraîne des coûts, mais bien que ces coûts s'avèrent excessifs et disproportionnés.

inconvénients administratifs pouvant rendre l'entreprise dysfonctionnel; (3) L'atteinte aux droits d'autrui qui permet à une entreprise de prouver qu'un accommodement peut causer une atteinte réelle et importante aux droits des autres employés; (4) l'accommodement peut entrer en conflit avec le principe d'égalité des sexes qui est un argument qui trouve son fondement dans le fait que certaines tenues vestimentaires exigées par plusieurs religions peuvent à première vue être incompatibles avec l'égalité entre hommes et femmes au sein de nos sociétés; (5) l'accommodement peut entrer en conflit avec les règles de sécurité au sein de l'entreprise voire même avec le droit de la propriété de l'entreprise⁵¹⁰.

Au niveau des commissions des droits de la personne des provinces et territoires du Canada, c'est surtout la discrimination et/ou le harcèlement fondés sur la croyance religieuse qui domine au niveau des litiges. C'est donc à ce niveau que nous examinerons le fardeau de la preuve. Pendant que les tribunaux des droits de la personne suivent les critères et directives émis par la Cour suprême en matière de croyance religieuse que nous venons d'examiner plus haut, les comportements (attitudes discriminatoires) des parties jouent un grand rôle au niveau des preuves qu'ils considèrent dans leurs décisions⁵¹¹. À ce niveau, le fardeau de preuve incombe autant au demandeur qu'au défendeur, car le premier doit prouver son affiliation religieuse ainsi que le type de discrimination qu'il a subi de la part du défendeur alors que ce dernier doit prouver qu'il n'a pas discriminé contre le premier sur la base de la prépondérance des probabilités. Ainsi, dans les affaires *Kinexus Bioinformatics Corp., c. Asad*, *Yousufi c. Toronto Police Services Board* et *Randhawa c. Tequila Bar & Grill* les tribunaux des droits de la personne ont examiné la preuve portant sur les comportements des parties (agissements, déclarations, échanges de courriels, messages téléphoniques) relative à ces causes pour conclure qu'il y a eu de la discrimination à l'endroit des requérants parce que les agissements des défendeurs laissaient entrevoir des préjugés religieux et raciaux à l'endroit des plaignants qui étaient de

⁵¹⁰ Proulx, Daniel, *L'accommodement raisonnable, ou en sommes nous?* Supra note 505, p. 25-31

⁵¹¹ Commission ontarienne des droits de la personne, *Examen de la jurisprudence relative à la croyance*, Ontario, Commission ontarienne des droits de la personne, p. 11-57

croissance religieuse musulmane et sikhe. De plus, les employeurs n'avaient pas entrepris des démarches sérieuses pour pouvoir remédier aux situations discriminatoires qui prévalaient dans leurs institutions et organisations⁵¹².

Au niveau des mesures d'accommodement liées aux croyances religieuses, les tribunaux des droits de la personne suivent encore une fois la démarche établie par la Cour suprême du Canada avec pour limites la notion de contrainte excessive. Dans cette optique, le défendeur doit démontrer qu'il a entrepris de bonne foi toutes les démarches nécessaires pour accommoder le demandeur. Ainsi, le fait de mettre fin au processus de recrutement d'une personne parce qu'il avait besoin d'une heure le vendredi pour prier a été jugée discriminatoire sur la base encore une fois des preuves liées aux agissements et comportements du défendeur⁵¹³. Toutefois, les employés qui ont besoin d'accommodement doivent le faire dans un délai raisonnable, faute de quoi les tribunaux pourraient conclure que l'employeur n'a pas manqué à son devoir d'adaptation⁵¹⁴.

Qu'en est-il du fardeau de la preuve aux États-Unis? Jusqu'à quel point l'approche appliquée en droit américain est-elle différente de celle du Canada et des deux autres États?

⁵¹² Voir : *Kinexus Bioinformatics Corp., c. Asad*, 2008 BCHRT 293 (demandes de révision judiciaire rejetées, *Kinexus Bioinformatics Corporation, c. Asad*, 2010 BCSC 33 (CANLII) ; *Yousufi c. Toronto Police Services Board* 2009 HRTO 351 (CANLII); et *Randhawa c. Tequila Bar & Grill*, 2008 AHRC 3 (CANLII).

⁵¹³ *Qureshi c. G4S Security Services* 2009 HRTO 409 (CANLII)

⁵¹⁴ *Daginawala c. SCM Supply Chain Management Inc.*, 2010 HRTO 205 (CANLII)

II

Le fardeau de la preuve relatif à la liberté de religion aux États-Unis

Au départ, la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême des États-Unis relatif au fardeau de la preuve nous révèle que celle-ci cherchait à établir un certain équilibre entre les droits du justiciable par rapport au bien-fondé de la loi gouvernementale en cause dans les litiges impliquant la liberté de religion. En conséquence, les justiciables étaient souvent désavantagés dans le cadre de cette approche, car les mesures de restriction de l'État pesaient plus lourd dans la balance en raison de leur importance sociale qui primaient sur les droits des individus. Ainsi, dans l'arrêt *Smith* [précité] qui portait sur le droit du justiciable de consommer le *peyotl* en tant qu'expression de sa croyance religieuse, le plus haut tribunal des États-Unis a soupesé les droits du justiciable d'exprimer ses croyances religieuses en rapport à la nécessité pour l'État de lutter contre la consommation de drogues illicites en société, et a jugé en faveur de ce dernier en raison de l'importance sociale de la mesure étatique.

La Cour suprême des États-Unis a toutefois rejeté cette approche par la suite, en adoptant le *Strict Scrutiny Test* qui imposait un plus lourd fardeau de preuve à l'État dans toute poursuite judiciaire impliquant la liberté de religion tout en exigeant que celui-ci convainque le tribunal que la mesure adoptée est d'un intérêt important (compelling interest) en vertu des 3 critères suivants : (1) *the challenged law served not just an important public purpose, but a genuinely compelling one*; (2) *the law was well tailored to achieve that purpose, and* (3) *the purpose could not be achieved by some less burdensome method*⁵¹⁵. Cette méthode d'analyse s'appelle *Compelling State Interest*⁵¹⁶ et la Cour suprême des États-Unis a eu l'occasion de l'appliquer dans plusieurs arrêts y compris *Wisconsin c. Yoder* [précité]. En effet, tout en maintenant le droit des justiciables Amish de

⁵¹⁵ Evans, Bette, N., «Religious Freedom vs. Compelling State Interest» (2000) 9, 2 Center for the Study of Religion and Society, p.1

⁵¹⁶ [Note] Bien que la Cour n'ait jamais défini la notion de '*Compelling Interest*' la doctrine a déduit que le concept se réfère à quelque chose de 'crucial', 'd'une grande nécessité'. *Ibid*

donner de la formation professionnelle à leurs jeunes adhérents sans les envoyer dans des écoles de métiers de l'État, la Cour a justifié la raison d'être du *compelling interest* en ces termes '*[...]only those interests of the highest order and those not otherwise served can overbalance legitimate claims to the free exercise of religion*'⁵¹⁷. En l'occurrence, ce test accorde une grande discrétion aux tribunaux pour déterminer si l'intérêt de l'État est assez important ou crucial (*compelling*) pour restreindre le droit du justiciable. Par ailleurs, ce dernier point a été renforcé par le juge O'Connor au sein du même arrêt en ces termes :

*"The compelling interest test effectuates the First Amendment's command that religious liberty is an independent liberty, that it occupies a preferred position, and that the Court will not permit encroachments upon this liberty, whether direct or indirect, unless required by clear and compelling governmental interests "of the highest order."*⁵¹⁸

*"Only an especially important government interest pursued by narrowly tailored means can justify exacting a sacrifice of First Amendment freedoms as the price for an equal share of the rights, benefits, and privileges enjoyed by other citizens."*⁵¹⁹

Ces propos nous permettent d'affirmer que ce test a été créé pour protéger les droits de tous les individus, y compris des minorités religieuses dans un État démocratique et libéral caractérisé par la diversité religieuse tel que les États-Unis. Cette affirmation a d'ailleurs été reconnue par le plus haut tribunal du pays au sein du même arrêt en ces termes '*Without serious judicial scrutiny [like the Compelling State Interest Test], the fate of minority religions would indeed be left up to the political process [...]*'⁵²⁰. Dans cette optique, le système juridique des États-Unis comporte une certaine similitude avec celui du Canada dans la mesure où la protection des minorités en constitue un élément important. Ce facteur fait en sorte que les systèmes juridiques des deux pays se rapprochent davantage de la perspective différentialiste et donc de l'égalité réelle ainsi que du libéralisme repensé de Kymlicka.

⁵¹⁷ *Wisconsin c. Yoder* supra note 403, § 32

⁵¹⁸ *Ibid*, § 45

⁵¹⁹ *Ibid*

⁵²⁰ *Ibid*

Dans ce même ordre d'idées, dans le cadre de l'application du *Strict Scrutiny Test*, le justiciable doit démontrer l'un des trois, ou tous les éléments suivants :

- (1) *The policy provides for an individualized exemptions and those exemptions are not afforded to religious practices.*
- (2) *The policy violates constitutional rights in addition to free exercise*
- (3) *The State actor singles out a particular faith in applying the policy*⁵²¹

Par ailleurs, la preuve doit être basée sur des faits et toute supposition doit être écartée dans sa présentation.

Dans ce même ordre d'idées, la notion d'accommodement raisonnable revêt une importance particulière en droit américain tout comme au Canada et ce, en dépit du fait que les tribunaux américains lui accordent une importance moindre par rapport à ce dernier en raison de la notion de 'de minimis cost'⁵²². Dans ce contexte, la sincérité des croyances religieuses du demandeur sera analysée de manière approfondie par le tribunal qui souvent, va examiner le passé religieux du demandeur dans le but d'établir la crédibilité de ses croyances religieuses et, par le fait même de sa requête contrairement aux tribunaux canadiens⁵²³. Ainsi, dans le contexte d'un litige relatif aux accommodements religieux, l'employé doit tout d'abord démontrer que ses croyances religieuses sont sincères; qu'elles rentrent en conflit avec les exigences du travail; qu'elle a explicitement fait part de ce conflit à son employeur dans une requête claire et précise et celui-ci ne lui a pas accordé un accommodement⁵²⁴.

⁵²¹ *Church of Lukami Babalu Aye Inc.,c. City of Hialeah*, 508 U.S. 520, 540-541 (1993); *Axson-Flynn c. Johnson*, 356 F.3d 1277, 1295 (10th Circ. 2004)

⁵²² Equal Employment Opportunities Commission, *Compliance Manual: Religious Discrimination*, United States of America, Equal Employment Opportunities Commission, 2008, p. 24.

⁵²³ *Ibid*

⁵²⁴ *Ibid*. La jurisprudence américaine révèle que lorsqu'un employé fait l'objet de mesures disciplinaires au travail parce qu'il n'a pas accompli une tâche en raison de ses croyances religieuses ou qu'il est en retard, et qu'il n'a pas explicitement fait part à ses supérieurs que ses affiliations et croyances religieuses sont à l'origine de son comportement, qu'elle intente par la suite des poursuites judiciaires pour violation de son droit à la liberté de religion. Sa requête sera rejetée parce que justement, il n'a pas donné l'opportunité à ses

L'employeur pour sa part peut commencer par attaquer la sincérité des croyances religieuses de l'employé⁵²⁵ et démontrer par le biais des preuves concrètes qu'il existe des incohérences dans les pratiques religieuses de celui-ci. Ensuite, il peut arguer qu'il a tenté d'accommoder l'employeur par le biais du dialogue, de la coopération et de la recherche de solution commune aux deux partis mais que cet accommodement ne convenait pas à l'employé ou qu'il risque d'imposer des contraintes excessives à son organisation. À ce niveau, la preuve est appréciée en fonction des faits relatifs à la cause, aux agissements, déclarations et à la bonne foi des partis.

Dans ce même ordre d'idées, la jurisprudence suggère que l'employeur peut être tenu comme violant le droit à la liberté de religion de l'employé et le *Title VII* du *Civil Right Act* de 1964 si la preuve démontre qu'il a tenté d'accommoder partiellement l'employé alors qu'il aurait pu le faire d'une manière complète (la mauvaise foi)⁵²⁶. Toutefois, l'employeur n'est pas obligé de fournir à l'employé l'accommodement que ce dernier préfère⁵²⁷ dans la mesure où l'accommodement repose sur un compromis.

Aux niveaux des critères de contraintes excessives et *de minimis cost*. La preuve doit porter sur les éléments suivants: (1) *'the identifiable cost in relation to the size and operating costs of the employer, and (2) the number of individuals who will in fact need a*

employeurs de l'accommoder. Voir : *Cary c. Carmichael*, 907 F. Supp. 1334 (E.D. Va. 1995); *aff'd*, 116 F. 3d 472 (4th Cir. 1997); *Elmenayer c. AFB Freight Sys.*, 2001 WL 1152815 (E.D.N.Y. Sept. 20, 2001 – dans cette affaire, il a été décidé qu'un employeur qui avait renvoyé un de ses employés pour manque d'assiduité au travail n'avait pas violé les dispositions du *Title VII* du *Civil Rights Act* de 1964 parce que ce dernier ne lui avait pas informé que la raison pour laquelle il était en retard c'était parce qu'il participait à des cérémonies religieuses qui étaient requises par sa religion.

⁵²⁵ Voir : *Bushouse*, 164 F. Supp. 2d 1066 dans cette affaire l'employeur a questionné la sincérité des croyances religieuses de l'employé.

⁵²⁶ Voir l'affaire *Baker c. Home Depot*, 445 F. 3d 541 (2d Cir. 2006) où il fut décidé qu'un employeur qui avait exigé qu'un employé travaille le dimanche après-midi ou durant la nuit ne lui avait pas accordé un accommodement suffisant parce que les croyances religieuses de ce dernier exigeaient non seulement qu'il participe à des cérémonies religieuses les dimanche matin mais qu'il ne travaille pas durant cette journée.

⁵²⁷ La cause *Wilshin c. Allstate Ins. Co.*, 212 F. Supp. 2d 1360 (M.D. Ga. 2002) illustre bien cette affirmation dans la mesure où il fut décidé qu'un employeur qui exigeait qu'un employé de religion adventiste travaille le dimanche alors que ce dernier voulait travailler durant la semaine lui avait accordé un accommodement raisonnable même si ce n'est pas le type d'accommodement que l'employé préférerait.

*particular accommodation*⁵²⁸. Également, l'employeur peut présenter comme preuve lié aux contraintes excessives le fait que l'accommodement demandé nuit à l'accomplissement de d'autres tâches ailleurs au sein de l'entreprise⁵²⁹; nuit aux droits et avantages des autres travailleurs dans l'entreprise⁵³⁰; nuit à la sécurité dans le milieu de travail tout en augmentant de façon considérable la charge de travail des autres employés au sein de l'entreprise⁵³¹. Enfin, l'employeur peut également présenter des preuves démontrant que l'accommodement demandé peut entrer en conflit avec les exigences de d'autres lois et mettre son entreprise dans une position intenable⁵³². À la lumière de ces informations, nous pouvons dire que la notion de contrainte excessive à une plus grande portée en droit américain qu'en droit canadien tout en ayant plusieurs points en commun avec ce dernier.

Dans les paragraphes qui vont suivre nous allons examiner les systèmes juridiques de la France et de la Suisse pour voir ce qu'il en est au niveau du fardeau de la preuve relatif à la liberté de religion ainsi que les facteurs devant être pris en compte dans tout litige relatif à ce droit au sein des deux États.

⁵²⁸ Voir *Farah c. Whirlpool Corp.*, 3:02 cv 424 (M.D. Tenn. Oct. 16, 2004). Dans cette affaire il fut décidée que permettre à quarante employés de religion musulmane de prendre leurs pauses en même temps pour prier constitue une contrainte excessive pour l'employeur qui aurait été obligé de fermer la ligne d'assemblage de son entreprise parce qu'il n'y aurait pas d'employé pour faire le travail durant l'absence des quarante employés.

⁵²⁹ *Brown c. Polk County*, 61 F. 3d, § 655

⁵³⁰ *Peterson c. Hewlett-Packard Co.*, 358 F.3d 599 (9th Cir. 2004)

⁵³¹ *BJ Servs. Co.*, 921 F. Supp., § 1509; *Balint c. Carson City, Nevada*, 180 F.3d 1047, 1054 (9th Cir. 1999)

⁵³² *Sutton c. Providence St. Joseph Med Ctr.*, 192 F.3d 826 (9th Cir. 1999)

III

Le fardeau de la preuve relatif à la liberté de religion en France

Selon la doctrine, depuis l'adoption de la Constitution de 1958, la notion du respect inhérent à la dignité de la personne humaine a connu des avancées significatives en droit français, et a contribué à faire pencher la balance en faveur des justiciables au niveau de la preuve devant être présentée dans les litiges constitutionnels qui se sont déroulés dans cet État⁵³³. Dans cette optique, les outils juridiques dont dispose l'État français pour restreindre un droit tel que la liberté de religion reposent sur les articles 4, 5 et 10 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* [précitée] et comportent certaines similitudes avec les conditions de restriction des trois autres États à l'étude. Ainsi, lorsque l'État français adopte une mesure visant à restreindre les droits constitutionnels des justiciables il doit s'assurer que la mesure satisfait aux quatre critères suivants :

- (1) Le critère du respect des droits d'autrui: qui se trouve enchâsser au sein de l'article 4 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* [précitée] qui stipule que «la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas aux droits d'autrui». Selon cette disposition l'exercice des droits naturels de chacun n'a pour limites importantes que celles assurant aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits⁵³⁴.
- (2) Les bases légales de la mesure étatique : la restriction imposée par l'État doit reposer sur des bases légales. Dans cette optique, la loi détermine les limites au sein desquelles s'exercent les libertés publiques. L'article 5 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* [précitée] constitue la pierre angulaire de ce critère car il mentionne que «La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la

⁵³³ Nolte, Georg, *European and US Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 97

⁵³⁴ *Ibid*

société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas». Selon cette disposition, l'État français ne peut restreindre une liberté publique telle que la liberté de religion que par l'adoption d'une loi. C'est d'ailleurs ce qu'il a fait avec l'adoption des lois interdisant le port de signes ostentatoires en milieu scolaire ainsi que celle portant sur la prohibition de la burqa en public⁵³⁵.

- (3) Le critère de l'ordre public : est un élément fondamental de toute restriction aux libertés publiques imposé par l'État. Bien que n'étant pas défini en droit constitutionnel français, il se réfère à la nécessité de maintenir la cohésion sociale. En effet, l'article 10 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* [précitée] est au cœur de ce critère et avance que «Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi»⁵³⁶.
- (4) Le critère de proportionnalité des mesures de restriction adoptées : qui exige que la restriction adoptée doit être proportionnelle à la situation qui prévaut au sein de l'État ou aux objectifs poursuivis. De plus, l'État français doit démontrer que la mesure adoptée vise à garantir la sauvegarde de l'ordre public ainsi que les droits constitutionnellement protégés selon une conciliation qui n'est pas manifestement disproportionnée, en vertu d'une approche que le Conseil d'État a qualifié de «conciliation non disproportionnée» dans sa validation constitutionnelle de la loi sur la burqa [précitée]⁵³⁷.

L'obligation d'accommodement religieux n'existe pas officiellement dans le régime juridique français tout comme dans celui de la Suisse d'ailleurs. En l'occurrence, ces États examinent la question de l'exclusion religieuse à partir des notions de discrimination.

⁵³⁵ *Ibid*

⁵³⁶ *Ibid*

⁵³⁷ *Ibid*

De manière plus précise, au niveau du port des signes religieux dans l'espace public en France, le justiciable doit démontrer qu'il y a eu atteinte à son droit d'exercer librement sa religion et cette atteinte constitue de la discrimination non justifiée à son endroit. L'État, pour sa part, doit prouver que cette atteinte est justifiée en vertu des critères plus ou moins objectifs établis par le Conseil d'État dans son avis de 1989 relatif à la question du port des signes religieux en milieu scolaire qui sont un peu les mêmes que les critères que nous venons d'examiner plus haut avec quelques éléments supplémentaires dans le but d'assurer une plus grande protection aux justiciables dans le contexte particulier du port des signes religieux dans l'espace public⁵³⁸:

- (1) L'État français doit démontrer que la restriction a été effectuée par l'adoption d'une loi telle que requise par l'article 5 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* comme nous venons de le mentionner plus haut.
- (2) Le second élément de preuve a trait à la nature et aux conditions dans lesquelles les signes religieux sont portés individuellement ou collectivement. Dans ce contexte, l'État français doit prouver que les signes religieux sont arborés dans un contexte inapproprié qui porte atteinte à la dignité d'autrui. Cet élément est considéré par le Conseil d'État comme justifiant une limitation nécessaire à la liberté de religion.
- (3) Le port du signe religieux constitue-t-il un acte de provocation, de pression, de prosélytisme ou de propagande? En vertu de ce critère, l'État doit prouver que la personne qui arbore le signe religieux le fait parce qu'elle subit des pressions de l'extérieur ou parce qu'elle veut provoquer, imposer des idées et/ou sa vision du monde ou elle veut faire de la propagande.
- (4) Le port du signe religieux compromet-il la santé, la sécurité du justiciable ou celle d'autrui et perturbe-t-il le déroulement des activités d'enseignement ou le rôle éducatif des enseignants? L'État doit prouver que le signe religieux, de par sa nature, constitue un risque pour la santé et la sécurité du justiciable ou celle d'autrui et nuit aux activités d'enseignement des établissements scolaires.

⁵³⁸ Conseil d'État, 27 novembre 1989, *Avis consultatif*, Rec. 1989, 461 [Avis]

- (5) Le port du signe religieux trouble-t-il l'ordre dans l'établissement ainsi que le bon fonctionnement des services publics? Dans le cadre de ce critère, l'État français doit démontrer que le port des signes religieux nuit à la cohésion sociale⁵³⁹.
- (6) Le critère de proportionnalité des mesures; ce critère a été établi par le Conseil d'État dans *Demoiselle Marteaux* [précité] ou il a statué que les limites imposées à la liberté de religion doivent être proportionnelles à la situation qui prévaut au sein de l'État pour que la mesure soit valide. Cet élément est d'autant plus important qu'on le retrouve au sein des tests établis par les tribunaux du Canada et des États-Unis ainsi que la Cour européenne.

En ce qui a trait au demandeur, en principe il n'a qu'à réfuter les critères mentionnés ci-haut pour démontrer une violation de sa liberté de religion par l'État français. Bref, nous pouvons affirmer qu'étant donné le caractère fondamental du droit à la liberté de religion en France, l'État doit faire preuve de circonspection quand il y porte atteinte au même titre que les États canadien et américain. Comme nous le verrons plus loin, c'est au niveau de la mise en œuvre de ces critères que des différences peuvent surgir.

Au niveau du port des signes religieux dans le secteur privé, il convient de mentionner d'entrée de jeu que le principe de la laïcité qui se trouve à l'article 1^e de la Constitution de 1958 [précitée] ne s'applique pas aux employeurs qui ne gèrent pas un service public. Toutefois, la HALDE a émis des directives quant aux règlements des litiges civils qui reposent principalement sur les articles L.1121-1 et L.1321-3 du *Code du travail* [précité] qui permettent d'établir le fardeau de preuve qui incombe aux employeurs et aux employés dans le contexte du port des signes religieux en milieu de travail⁵⁴⁰. Dans ce contexte un employeur qui interdit le port des signes religieux dans son entreprise doit prouver : (1) que la mesure de restriction est justifiée par la nature des tâches à accomplir (à ce niveau l'employeur peut plaider que le signe religieux peut constituer un danger pour la sécurité du

⁵³⁹ *Ibid*

⁵⁴⁰ Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, *L'expression de la liberté religieuse au travail*, France, HALDE, 28 mars 2011, p. 1

public et/ou des autres employés, la santé l'hygiène et/ou l'efficacité de l'employé et ou des autres en milieu de travail); (2) La proportionnalité de la mesure de restriction par rapport aux buts recherchés. Au niveau de ce critère, l'employeur doit prouver que la mesure n'est pas excessive par rapport au but poursuivi (santé, sécurité, efficacité dans l'accomplissement des tâches, ne pas nuire aux droits des autres employés). Par ailleurs, les justifications portant sur les perceptions de l'employeur quant aux réactions des clients face à un signe religieux en milieu de travail ne sont pas acceptables pour en justifier l'interdiction en milieu d'emploi⁵⁴¹. De plus, s'il appert à la lumière des faits et des déclarations qu'un employeur a ciblé un individu membre d'un groupe religieux particulier pour le nuire en raison de l'expression de ses croyances religieuses en milieu de travail, un jugement de discrimination sera prononcé contre l'employeur⁵⁴².

Dans la prochaine sous-section, nous allons examiner les critères existant en droit suisse pour établir ses similitudes et ses différences avec les régimes juridiques des autres États.

⁵⁴¹ *Ibid*

⁵⁴² *Ibid*. Le droit français ne semble pas avoir de position claire quant au port des signes religieux dans les entreprises privées qui sont investies d'une mission de service public.

IV

Le fardeau de la preuve relatif à la liberté de religion en Suisse

La littérature relative à une analyse détaillée du fardeau de la preuve relatif à la liberté de religion en Suisse étant très limitée en français ou en anglais, il nous est donc impossible de faire une analyse détaillée du système juridique de cet État quant à cette question. Toutefois, au niveau constitutionnel, le fardeau de preuve est régi par l'article 36 de la constitution de cet État qui énumère les conditions relatives aux restrictions d'une liberté publique tel que le droit à la liberté de religion. Cette disposition qui joue un rôle fondamental dans la jurisprudence de la Cour fédérale établit les 4 conditions auxquelles l'État suisse doit répondre lorsqu'il porte atteinte à un droit constitutionnel d'un justiciable. Ces conditions sont les suivantes :

- (1) la restriction doit être fondée sur une base légale (prévue par la loi) ou vise à répondre à un danger clair et imminent. En d'autres termes, si l'État suisse impose des restrictions sur le port des signes religieux il doit enchâsser cette interdiction au sein d'une loi comme l'exige le droit français.
- (2) la restriction doit viser l'intérêt public ou la protection des droits fondamentaux d'autrui. L'État suisse doit démontrer que la restriction vise à protéger l'ordre, la santé, la sécurité ainsi que les droits des autres au sein de l'État au même titre qu'en droit français.
- (3) la restriction doit répondre aux critères de proportionnalité par rapport au but visé. La Suisse doit prouver que la mesure de restriction est proportionnelle au but visé qui doit être encore une fois le maintien de l'ordre, de la santé de la sécurité etc.
- (4) Il ne peut y avoir de violation de l'essence des droits fondamentaux – ce qui comprend des droits tels que l'interdiction de la peine de mort (art. 10 (1) de la Constitution) et la prohibition de la torture (art. 10 (3) de la Constitution). L'État suisse doit démontrer que la restriction ne doit toucher aucun des droits mentionnés ci-haut parce qu'ils sont des droits absolus.

(5) Les restrictions basées sur le statut particulier de certaines personnes vivant au sein de l'État. L'État suisse doit démontrer que les restrictions adoptées visent un groupe particulier d'individus tels que les membres de l'armée et/ou les policiers entre autres⁵⁴³.

Au niveau de la question précise du port des signes religieux en public, le peu de jurisprudence que nous avons pu trouver sur la Suisse, nous permet quand même d'affirmer que tout justiciable qui décide de se plaindre de la violation de son droit à la liberté de religion doit démontrer, comme les trois autres États à l'étude, qu'il est adhérent à une religion, un groupe ou un secte et que l'État a adopté une mesure qui viole son droit à la liberté de religion. L'État pour sa part doit prouver les trois éléments suivants qui ont été appliqués par le Tribunal fédéral suisse dans l'arrêt *X c. Conseil d'État du Canton de Genève*⁵⁴⁴ et qui proviennent de l'article 36 de la Constitution suisse mentionné plus haut:

(1) Existe-t-il une base légale à la limitation imposée à la liberté de religion du demandeur?

(2) La limitation imposée répond-elle à des principes d'intérêt public prépondérants?

(3) La limitation imposée respecte-t-elle le principe de proportionnalité?

Le premier critère exige de l'État l'adoption d'une loi ou d'un règlement clair qui stipule de façon non équivoque la limitation qu'il veut imposer ainsi que les raisons la justifiant au même titre que la France. Par exemple, une justification acceptable peut être la bonne marche des institutions étatiques et/ou le maintien de la neutralité des institutions étatiques. Toutefois, en ce qui a trait à la problématique du port des signes religieux en public, le Tribunal fédéral a statué qu'il n'était pas nécessaire d'exiger de l'État une base légale trop précise, c'est-à-dire que ce dernier n'a pas besoin d'indiquer spécifiquement l'interdiction

⁵⁴³ Fleiner, Thomas, Misic, Alexander, Töpperwien, *Swiss Constitutional Law*, The Hague, Kluwer International, Staempfli Publishers Ltd. Berne, p. 178-182

⁵⁴⁴ *X c. Conseil d'État du Canton de Genève* ATF 119 IA 178

du port des signes religieux dans le contenu de la loi⁵⁴⁵. À ce niveau, il est aisé de voir que l'État jouit d'une marge de manœuvre appréciable pour limiter les formes d'expressions religieuses qu'il juge inacceptables.

Quant au critère d'intérêts publics prépondérants, il repose essentiellement sur la 'paix religieuse' et 'la neutralité des institutions étatiques'. En ce qui a trait à la 'paix religieuse', son fondement réside dans l'inquiétude du Tribunal fédéral que les institutions publiques ne deviennent des lieux de coercition et d'affrontements religieux dans les cas où les fonctionnaires de l'État seraient autorisés à y porter leurs signes religieux en toute liberté. Dans cette optique, le tribunal cherchera à répondre à deux questions fondamentales : (1) Est-ce que le signe religieux porté par le fonctionnaire choque ou risque de choquer et/ou d'offusquer le public desservi? Et (2) Est-ce qu'il y a eu des plaintes quant au fait qu'un fonctionnaire de l'État arbore un signe religieux dans ses interactions avec le public⁵⁴⁶? Une réponse positive à une ou aux deux questions est suffisante pour justifier la restriction de l'État.

Le critère de proportionnalité pour sa part exige que les mesures de restrictions soient proportionnelles aux buts visés par l'État (le maintien de la paix confessionnelle, de la neutralité, de l'ordre et de la sécurité) au même titre que le test utilisé par les tribunaux de la France. Ainsi, la liberté de religion ne dispense pas un individu de ses devoirs en tant que fonctionnaire de l'État, bien que ces derniers ne soient pas absolus. Également, le critère de proportionnalité exige des fonctionnaires un devoir de réserve qui exige le respect des restrictions imposées par l'État quant aux manifestations de leurs croyances religieuses durant l'exercice de leurs fonctions. Par ailleurs, ce critère comporte des similitudes quant au devoir de réserve imposé par la France à ses fonctionnaires.

⁵⁴⁵ *Ibid*

⁵⁴⁶ *Ibid*. Le Tribunal a toutefois statué qu'il n'était pas nécessaire qu'il y ait eu des plaintes de la part du public pour qu'il y ait violation du principe d'intérêt public, car un État neutre ne peut tolérer le port de signes religieux pas ces fonctionnaires dans la mesure où cette action pourrait lui être imputée.

En conclusion, l'examen du fardeau de la preuve relatif aux litiges portant sur le droit à la liberté de religion au sein des quatre États nous permet de dire que leurs tribunaux leur imposent des conditions très strictes quant aux restrictions pouvant être imposées à ce droit. De plus, c'est à ces États que revient la plus lourde part des responsabilités au niveau de la preuve relative à la nécessité d'imposer des restrictions relatives à la liberté de religion du justiciable.

La prochaine section de ce mémoire consistera en l'analyse de la jurisprudence des 4 États à l'étude dans le but de voir comment les tribunaux ont appliqué les différents tests qui ont été identifiés dans cette section et quels ont été les résultats pour les justiciables et pour l'État.

Chapitre septième

La jurisprudence du Canada, des États-Unis, de la France et de la Suisse relative au port des signes religieux dans l'espace public

Introduction

Les instances judiciaires ont souvent été appelées à trancher des litiges relatifs à la problématique du port des signes religieux en public au sein des quatre États faisant l'objet de ce mémoire. Ce débat revêt une importance particulière dans la mesure où le système juridique du Canada est dualiste alors que ceux des trois autres États sont monistes en ce qui a trait à l'adoption et la mise en œuvre des traités internationaux. Dans ce contexte, il importe de se demander jusqu'à quel point ces États respectent le principe de la *Pacta Sunt Servanda* quant à leurs engagements internationaux en matière de manifestation du fait religieux dans leurs espaces publics respectifs?

À l'exception de la France, et jusqu'à un certain point du Canada (où les provinces du Manitoba et de la Colombie Britannique ont jugé bon de prévoir une exemption législative permettant aux individus de religion Sikh de pouvoir porter le turban lorsqu'ils sont en motocyclette)⁵⁴⁷, les États-Unis et la Suisse n'ont adopté aucune loi relative au port des signes religieux dans l'espace public. Cependant, les tribunaux des quatre États à l'étude ont souvent eu à statuer sur des litiges portant sur cette problématique. Dans ce contexte, nous allons effectuer un survol de la jurisprudence des quatre pays en rapport à cette question de manière à pouvoir saisir les principes juridiques pouvant être dégagés des jugements qui ont été rendus par leurs tribunaux. Par ailleurs, nous tenons à prévenir le lecteur qu'étant donné le nombre considérable de jugements qui ont été rendus sur le sujet à l'étude, notre survol jurisprudentiel se focalisera principalement sur les arrêts des tribunaux d'appels et des cours suprêmes des États analysés dans le cadre de ce mémoire.

⁵⁴⁷ Manitoba : *The Highway Traffic Act* C.C.S.M. c. H60, *Safety Helmets Standards and Exemptions*, Man Reg. 167/2000 at s. 2(b); Colombie-Britannique: *Motor Vehicle Act Motorcycle Safety Helmet Exemption Regulation*, BC Reg. 237/99 (July 19, 1999) O.C. 890/99 at s. 1

I

La jurisprudence du Canada, de la France, des États-Unis et de la Suisse quant au port des signes religieux dans les établissements scolaires par les élèves

Cette section de la recherche va procéder à l'examen de la jurisprudence sur le port des signes religieux dans les institutions scolaires par les élèves dans le but de mettre en lumière la perspective des tribunaux des quatre pays à l'étude quant à cette question ainsi que la portée et les limites qui s'imposent au droit des élèves d'exprimer leurs croyances religieuses au sein de ces institutions.

1.1 Le port des signes religieux par les élèves dans les établissements scolaires au Canada

Tout d'abord, la jurisprudence canadienne relative au port des signes religieux par les élèves dans les institutions scolaires du Canada semble suggérer qu'au niveau juridique, le respect de la différence, la promotion du multiculturalisme et de la diversité religieuse sont des éléments importants dans un régime juridique qui fait de la notion de neutralité inclusive ou bienveillante sa pierre angulaire. Les décisions émanant des tribunaux de la France, des États-Unis et de la Suisse mettent l'accent sur la laïcité, la neutralité de l'État et la stricte séparation entre ces derniers et les églises, créant un système autorisant le port des signes religieux par les élèves alors qu'elles l'interdisent au personnel scolaire et aux enseignants comme nous le verrons plus loin.

Au Canada, bien que les tribunaux aient eu à se pencher sur la question du port des signes religieux dans les établissements scolaires par les élèves depuis 1985⁵⁴⁸, c'est toutefois sur

⁵⁴⁸ Dans la décision *Tuli c. St. Albert Protestant Separate School District No. 6*, [1985] 8 C.H.R.R. D/3906 (Cour du Banc de la Reine de l'Alberta), la Cour a autorisé qu'un élève de religion Sikhe porte son kirpan à l'école parce que ce signe religieux n'est pas perçu comme une arme dans la religion Sikhe et il n'y a jamais eu d'incident de violence lié à sa présence dans les écoles au Canada. Elle a toutefois exigé que le kirpan soit caché et attaché fermement dans la ceinture de l'élève lorsque celui-ci se trouve à l'intérieur de l'école. Dans *Commission ontarienne des droits de la personne c. Peel Board of Education*, [1991] 80 D.L.R. (4th) 475, §

la décision *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys* [précité] que nous allons focaliser notre analyse parce que c'est un arrêt de la Cour suprême du Canada. Dans cette affaire, un étudiant de religion *Khalsa Sikhs Orthodoxe* qui s'était vu interdire par les autorités scolaires le droit de porter son *kirpan* dans l'enceinte de l'établissement a décidé d'avoir recours aux tribunaux lorsque toutes les tentatives de négociation ont échoué avec l'administration de l'école. La Cour supérieure du Québec lui a donné gain de cause tout en exigeant que le *kirpan* soit porté sous ses vêtements en tout temps, qu'il soit sécurisé dans un contenant fait en bois tout en étant enveloppé d'un morceau de tissu cousu à la ceinture.

La décision de la Cour supérieure ayant été renversée par la Cour d'appel du Québec pour des raisons liées principalement à la sécurité des autres élèves et du personnel scolaire, le demandeur a porté l'affaire devant la Cour suprême du Canada qui devait répondre à deux questions. Premièrement, est-ce que la décision du Conseil scolaire d'interdire le port du *kirpan* constitue une violation du droit du demandeur à la liberté de religion conformément aux chartes canadienne et québécoise? Deuxièmement, est-ce que cette violation pouvait être justifiée en vertu de l'article premier de la Charte canadienne ainsi que de l'article 9.1 de la Charte québécoise? Le plus haut tribunal du pays a donné gain de cause au demandeur en statuant que la politique des autorités scolaires était contraire à l'article 2a) de la Charte canadienne. Ainsi, après avoir déterminé la sincérité de la croyance du demandeur quant à la nécessité de porter le *kirpan* en tout temps, et jugé que ce n'était pas un caprice, la Cour suprême a statué que l'entrave à la liberté de religion du demandeur était plus que négligeable ou insignifiante car, contraint de choisir entre laisser son *kirpan* à la maison ou quitter l'école publique, celui-ci a décidé de suivre ses croyances religieuses et s'est mise à

479 (Cour divisionnaire de l'Ontario), la Cour divisionnaire est arrivé à la même conclusion que la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta tout en imposant les mêmes conditions, c'est-à-dire que le *kirpan* doit être sécurisé et enfoui sous les vêtements de l'élève. Enfin, dans *Sehdev c. Bayview Glen Junior Schools Ltd.*, (1985) 9 C.H.H.R.R. D/4881 (Ontario Board of Inquiry) le Tribunal ontarien des droits de la personne a jugé contraire au *Code ontarien des droits de la personne*, déraisonnable et de mauvaise foi le refus d'une école privée non-confessionnelle de permettre à un élève de religion Sikh de pénétrer dans les enceintes de l'établissement avec son turban.

fréquenter une école privée. En l'occurrence, l'interdiction de porter son *kirpan* à l'école le privait donc de son droit de s'inscrire dans une école publique contrairement aux autres élèves en raison de ses croyances religieuses.

Après avoir établi la violation de la liberté de religion du demandeur, la Cour a ensuite considéré si l'atteinte pouvait se justifier en vertu de l'article premier de la Charte. Pour ce faire, l'atteinte devait satisfaire à deux exigences. D'abord, l'objectif législatif poursuivi devait être suffisamment important pour justifier la restriction d'un droit constitutionnel. Ensuite, les moyens choisis par l'autorité étatique devaient être proportionnels à l'objectif en question. La Cour a consacré peu d'attention au premier volet du critère : l'objectif d'une sécurité raisonnable dans les écoles était sans aucun doute urgent et réel. Il restait donc à déterminer si l'interdiction du port du *kirpan* constituait un moyen proportionné pour atteindre cet objectif. Le volet de proportionnalité comprend trois éléments : existe-t-il un lien rationnel entre la règle contestée et l'objectif? L'atteinte au droit est-elle minimale? Finalement, les avantages d'atteindre l'objectif l'emportent-ils sur les effets nocifs de la règle? La Cour a jugé que bien qu'il y avait un lien rationnel entre l'interdiction et l'objectif de la sécurité à l'école, l'interdiction ne remplissait pas les deux autres conditions liées au critère de proportionnalité. En outre, la Cour a noté que l'interdiction du *kirpan* à l'école diminue la valeur des signes religieux et envoie le message que certaines pratiques religieuses sont de moindres valeurs que d'autres et ne méritent pas les mêmes protections, alors qu'autoriser l'intimé à porter son *kirpan* démontre l'importance que notre société accorde à la liberté de religion en particulier les religions minoritaires⁵⁴⁹.

S'agissant justement de droit des minorités religieuses, la Cour a également fait référence à l'article 27 de la Charte canadienne pour renforcer l'importance d'autoriser le port de ce signe religieux au sein des établissements scolaires en affirmant que l'interdiction de ce

⁵⁴⁹ [Note] Il s'avère important de noter que les individus désirant porter leurs *kirpan* ont eu la permission de le faire durant l'audition de la cause par la Cour suprême du Canada.

signe religieux est irrespectueuse envers les fidèles de la religion sikhe et ne tient pas compte des valeurs canadiennes fondées sur le multiculturalisme⁵⁵⁰

Cet énoncé met encore une fois en exergue l'importance accordée à la notion du respect de la différence qui est considéré comme une valeur clé des droits à l'égalité réelle. De plus, le raisonnement du jugement est également en ligne avec le respect des droits des minorités du libéralisme repensé de Kymlicka ainsi que la promotion de la dignité inhérente à la personne humaine de Fredman. Examinons maintenant comment les tribunaux des États-Unis traitent cette problématique.

1.2 Le port des signes religieux par les élèves dans les établissements scolaires aux États-Unis

La situation américaine comporte une certaine similitude à celle qui prévaut au Canada, car les tribunaux de cet État ont eu à trancher plusieurs causes où des écoles étaient réticentes à accepter dans leurs enceintes des signes religieux issus principalement des religions minoritaires. Dans la plupart de ces jugements, les juges ont fait une interprétation large et libérale de la liberté de religion pour garantir aux élèves le droit d'exprimer leurs croyances religieuses dans les établissements scolaires et vont même les autoriser quand bien même qu'ils n'étaient pas obligatoires dans certaines religions⁵⁵¹. Par conséquent, plusieurs causes liées au port des signes religieux dans l'espace public américain sont réglées hors-cours dans cet État⁵⁵².

⁵⁵⁰ *Multani*, *supra* note 469, § 71

⁵⁵¹ Voir *Chalifoux c. New Caney Independent School District* 976 F. Supp. 659 (S.D. Tex. 1997) où la Cour de district du Texas a permis à une élève de porter son rosaire à l'école malgré le fait que les autorités scolaires alléguaient qu'il n'était pas obligatoire au sein de la religion catholique.

⁵⁵² La plupart des problèmes reliés au port des signes religieux dans les écoles publiques sont réglés hors-cours aux États-Unis. Ainsi, au début de ce millénaire, une famille pratiquant le Rastafarisme a pu conclure une entente avec le Conseil scolaire de la Louisiane qui avait mis ses enfants à la porte en raison de la politique du Conseil qui interdisait le port des couvre-chefs ainsi que des coupes de cheveux hors-normes dans l'établissement. Voir Aarika Mack, *Louisiana School District Relents, Allows Rastafarian Students' Deadlocks, Caps*, dans *Freedom Forum*, 25 Septembre 2000 en ligne: <http://www.freedomforum.org/templates/documents.asp?documentID=3630> ; Durant cette même période, le

Ainsi, dans l'affaire *Cheema c. Thompson*⁵⁵³, la Cour d'appel du 9^e circuit de la Californie a imposé une obligation d'accommodement comme limite importante à la doctrine de common law *in loco parentis*⁵⁵⁴ qui permet aux établissements scolaires d'agir à titre de parent et de prendre des décisions visant le meilleur intérêt des élèves y compris en ce qui a trait à leur sécurité. Dans cette instance, des élèves d'affiliation religieuse Sikh ont eu recours aux tribunaux après s'être vus interdire l'accès d'une école publique parce qu'ils voulaient y pénétrer avec leurs *kirpan*. Après que les autorités scolaires eurent obtenu gain de cause devant la Cour de district de la Californie, la cause a été portée en appel et la Cour d'appel du 9^e circuit de la Californie a statué qu'il fallait donner préséance aux droits à la liberté de religion des demandeurs par rapport à la sécurité des autres élèves qui n'était pas réellement menacée car le *kirpan* n'avait jamais été utilisé comme arme d'agression au sein des institutions scolaires publiques. Tout comme dans la décision canadienne *Multani* [précitée], la Cour d'appel de la Californie a émis des restrictions quant au port de ce signe religieux à l'école, en exigeant qu'il soit caché en dessous des vêtements dans un étui cousu. La Cour d'appel de la Californie s'est par ailleurs référée au même principe de *in loco parentis* pour exiger des autorités scolaires l'adoption de mesures visant à empêcher

American Center for Law and Justice a intenté une action judiciaire contre le Alabama School District qui avait renvoyé une élève qui avait enfreint le règlement vestimentaire de l'école en portant sa croix au dessus de son gilet. Voir Jeremy Learning, *Alabama School District Settles Dispute over Cross Necklace*, dans *First Amendment Center*, 1^{er} Mars 2000, en ligne: <http://www.freedomforum.org/templates/document.asp?documentID=11770>; Un conseil scolaire du Mississippi avait aboli une politique qui interdisait le port des symboles reliés aux gangs dans ses établissements quand le *American Civil Liberties Association* a intenté une action judiciaire contre lui parce qu'il avait exigé qu'un étudiant porte son Étoile de David à l'intérieur de ses vêtements. Voir American Civil Liberties Association, *Communiqué de presse : Jewish Student Allowed to wear Star of David Pendant as Mississippi School Board Reverses Policy*, 24 août 1999, en ligne: <http://www.aclu.org/studentsrights/religion/12793prs19990824.html> ; En 2002, une étudiante s'est vue interdire l'accès d'une école secondaire au Texas parce qu'elle portait un pendentif lié à une religion païenne qui enfreignait la politique interdisant le port de bijoux au sein de l'école. On a pu lui permettre de porter son bijou par la suite. Voir Freedom Forum Online, *Texas School Superintendent Allows Wiccan Student to Wear Pentacle*, le 12 septembre 2002, en ligne: <http://www.freedomforum.org/templates/document.asp?documentID=16948>

⁵⁵³ *Cheema c. Thompson*, 67 F. 3d 883 (Cal. 1994) (9th Cir. 1995)

⁵⁵⁴ Pour plus d'information sur la notion de '*in loco parentis*' voir: Beyer, Dorianne «School Safety and Legal Rights of Students» (1997) *Eric/Cue Digest*, 21

que les demandeurs ne soient sujets à du harcèlement de la part des autres élèves ou des membres de l'administration scolaire quand ils reviendront à l'école⁵⁵⁵.

Au niveau du port des signes religieux dans les activités sportives pratiquées dans les établissements scolaires, la décision *Moshe Menora c. Illinois High School Association* semble être la décision clé pour le moment⁵⁵⁶. Dans cette affaire, une équipe de basketball de religion juive avait intenté une action judiciaire contre une politique de l'Illinois qui interdisait les couvre-chefs lors des joutes de basketball pour des raisons de sécurité. La Cour d'appel du 7^e circuit a eu recours au *Strict Scrutiny Test* pour admettre que l'intérêt de l'État dans la sécurité des élèves athlètes, (quoique non fondé sur la preuve et très spéculatif) est assez important pour justifier la validité du règlement scolaire. Toutefois, elle a indiqué que les parties n'avaient pas bien lu le règlement qui, en fait, n'interdisait pas le port de tout couvre-chef durant les joutes, mais qui prohibait ceux qui n'étaient pas sécurisés correctement sur la tête des athlètes. Elle a donc suggéré que les parties négocient entre elles pour pouvoir trouver des couvre-chefs plus sécuritaires durant les joutes.

En somme, bien que la sécurité soit souvent invoquée pour justifier les atteintes au droit à la liberté de religion des élèves, elle est rarement acceptée par les tribunaux américains qui, par le biais du *Strict Scrutiny Test* font une interprétation large de ce droit tout en examinant de manière stricte les limites pouvant y être imposées. Dans cette optique, nous pouvons dire que tout comme le Canada, les tribunaux américains accordent une grande

⁵⁵⁵ [Note] Il s'avère important de noter la dissidence du juge Wiggins qui a insisté sur l'importance de garder des objets coupants ou tranchants à l'extérieur des écoles pour assurer la sécurité d'un tel environnement. *Cheema c. Thompson*, supra note 517, § 886. De plus, dans l'affaire *Hearn c. Muskogee Public School District*, 020, No. CIV 03-598-S (E.D. Oklahoma 2004) la Cour de district de l'Oklahoma a jugé que le droit à la liberté de religion d'une élève avait été violé par les autorités scolaires qui lui interdisaient de pénétrer dans les enceintes de l'établissement avec son foulard alors que les faits démontrent que l'administration scolaire avait fait exception à cette règle d'interdiction à plusieurs reprises par le passé pour permettre la tenue de diverses activités scolaires. Ils ont décidé d'appliquer la règle d'interdiction aux environs de l'anniversaire des attentats terroristes du 11 septembre 2001. Cette décision met en exergue le fait que l'État doit traiter tous les justiciables sur une base d'égalité et de façon cohérente dans l'application des politiques publiques sinon elles risquent d'être jugées inopérantes voire même discriminatoires.

⁵⁵⁶ *Moshe Menora c. Illinois High School Association*, 683 F.2d 1030 (1982)

importance au respect de la dignité humaine de Fredman à la promotion des droits des minorités religieuses et à l'indépendance morale de l'individu du cadre théorique de Kymlicka dans leurs jugements relatifs au port des signes religieux par les élèves. Dans les paragraphes qui suivent, nous allons examiner l'état du droit quant au port des signes religieux dans les écoles en France.

1.3 Le port des signes religieux par les élèves dans les établissements scolaires en France.

En dépit de l'adoption des deux lois interdisant la *burqa* ainsi que les signes religieux ostentatoires dans l'espace public en France, le survol des décisions judiciaires du Conseil d'État et des autres tribunaux administratifs de la France permet de voir qu'ils se sont appuyés sur les trois premiers critères ((1) la restriction a été effectuée par l'adoption d'une loi; (2) le signe religieux est arboré dans un contexte portant atteinte à la liberté d'autrui; et (3) le caractère ostentatoire, revendicatif ou prosélyte du signe religieux)) du test mentionnés précédemment dans ce mémoire pour accepter ou rejeter les recours du Ministère de l'éducation contre certains élèves qui arborent des signes religieux dans les enceintes des établissements scolaires.

Dans cette optique, ils ont donc rejeté les demandes du Ministre de l'éducation quant à l'exclusion des élèves lorsque les signes religieux n'étaient pas ostentatoires ou revendicatifs ou ne constituaient pas un acte de provocation ou de prosélytisme⁵⁵⁷ alors

⁵⁵⁷ Conseil d'État, 27 novembre 1996, *ministre de l'Éducation nationale c. Mlle Saglamer*, no. 169522 (lexis); Conseil d'État, 9 octobre 1996, *ministre de l'Éducation nationale, de l'enseignement supérieur, de la recherche et de l'insertion professionnelle c. Mlle Unal*, no. 172725, Inédit (Lexis); Conseil d'État 20 mai 1996, *ministre de l'Éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche c. M. Ali*, no. 170343; Conseil d'État, 27 novembre 1996, *ministre de l'Éducation nationale c. M.Khalid et Mme Sefiani*, no. 172787. Cour administrative d'appel de Nancy, 2 mai 1996, *ministre de l'éducation nationale c. Mlle X*, No. 95NC01838 ; Conseil d'État, 10 mars 1997, *ministre de l'éducation nationale c. Mlle X*, No. 169526; Conseil d'État, 5 novembre 1997 *ministre de l'éducation nationale c. Mlle Ayse X*, No 172721; Conseil d'État, 14 mars 1994, *Ministre de l'éducation nationale c. Yilmaz*, No. 172174;

qu'ils ont entériné les décisions du Ministre de l'éducation dans toutes les affaires où il y avait une preuve probante que les élèves portaient ces signes religieux en raison de pressions, de revendications diverses, de prosélytisme, encourageaient leurs camarades à en faire autant, causaient du désordre dans les établissements scolaires, nuisaient au bon fonctionnement des cours d'éducation physique en refusant d'enlever leurs foulards pour pouvoir y participer et/ou s'absentaient de façon répétée de ces cours en raison du foulard⁵⁵⁸.

Ces jugements démontrent que les tribunaux scrutent à la loupe les allégations étatiques en rapport aux raisons invoquées pour interdire aux élèves le port des signes religieux au sein des établissements scolaires dans le but de garantir le caractère constitutionnel du droit à la liberté de religion dans cet État. De plus, ils font ressortir un fait probant : l'approche universaliste adoptée par la France dans les sphères politiques et législatives en matière de droit à l'égalité quant au sujet qui nous préoccupe n'est pas absolue en matière d'expression des croyances religieuses dans l'espace scolaire.

1.4 Le port des signes religieux par les élèves dans les établissements scolaires en Suisse

À l'instar de la jurisprudence émanant des tribunaux des trois États que nous venons de voir ci-haut, nos recherches ne nous ont pas permis de trouver des décisions du tribunal fédéral sur le port des signes religieux dans les écoles en Suisse. De plus, la doctrine semble

⁵⁵⁸ Conseil d'État, 2 avril 1997, *ministre de l'Éducation nationale c. époux Mehila*, no. 173103 (Lexis Nexis); Cour administrative d'appel de Lyon, 19 décembre 1997, *ministre de l'éducation nationale c. Mlles Nabila et Hind*, No. 96LY02608; Conseil d'État, 20 octobre 1999, *ministre de l'éducation nationale c. M. et Mme X Ahmad*, No. 181486; Conseil d'État, 2 avril 1997, *ministre de l'éducation nationale c. Mlles Soraya, Aicha, Maskour, Fatima B, Zahra Z*, No. 173103; Conseil d'État, 10 mars 1995, *Ministre de l'éducation nationale c. Aoukili*, No. 173104; Conseil d'Etat, 27 novembre 1996, *M. et Mme Wissaadane et M. et Mme Hossein Chedouane c. Ministre de l'éducation nationale*, No. 172175; Conseil d'Etat, 27 novembre 1996, *Ministre de l'éducation nationale c. M. et Mme Tlaouziti*, No.172176 ; Conseil d'Etat, 27 novembre 1996, *Ministre de l'éducation nationale c. Ligue islamique du Nord*, No. 172177

suggérer que le port des signes religieux dans les écoles par les élèves ne pose pas réellement de problème puisque la plupart des cas sont tous résolus à l'amiable en dehors des tribunaux⁵⁵⁹. Cependant, deux décisions nous paraissent pertinentes à notre problématique et ont suscité certaines controverses en raison principalement de l'approche axée sur le libéralisme classique du Tribunal fédéral. L'affaire, *X c. Conseil d'État du Canton de Schaffhouse*⁵⁶⁰ concernait la dispense de cours de natation à une jeune musulmane de 12 ans pour le motif que la religion de celle-ci lui interdisait de porter des vêtements légers en public. De plus, son père l'avait inscrite à des cours de natation privés. Le Tribunal fédéral lui a donné gain de cause en affirmant que bien que la Constitution fédérale reconnaisse la primauté du droit public sur la liberté de conscience et de religion, celle-ci ne dispose pas d'une primauté absolue sur les droits et devoirs des citoyens. De plus, le principe de l'égalité entre les hommes et les femmes n'était pas menacé ici dès lors que le père avait pris des mesures pour donner des cours de natation privés à l'élève⁵⁶¹. Il a conclu que dans certains cas, il fallait tenir compte de l'intégration effective des musulmans au sein de l'État suisse dans les situations où il semble y avoir conflit entre liberté de religion et les valeurs du pays d'accueil.

La Cour a toutefois changé son fusil d'épaule en 2008 dans l'affaire *BGE 114* [précitée] et a appliqué une perspective plus formaliste du libéralisme classique en maintenant la suspension d'une étudiante qui ne voulait pas participer aux cours d'éducation physique pour les mêmes raisons que la décision de 1993. Elle a statué que les cours d'activités physiques constituent un important outil de socialisation pour les étudiants, en particulier, ceux issus de l'immigration. En l'occurrence, l'État pouvait imposer des restrictions aux préceptes religieux pour exiger la présence de tous les élèves à ces cours. Ainsi, tout comme la décision de 1993, c'est au nom de considérations liées à l'intégration de l'élève

⁵⁵⁹ Pfaff-Czarnecka supra note 300, p. 264

⁵⁶⁰ *X c. Conseil d'État du Canton de Schaffhouse*, ATF 135 I 79

⁵⁶¹ [Note] ce jugement a soulevé beaucoup de controverses dans la presse car on a évoqué la menace de l'islam, les limites de l'autorité parentale, le caractère misogyne du jugement et les stratégies d'isolement «des étrangers» Pfaff-Czarnecka supra note 300, p. 265

que la Cour a maintenu la décision de l'administration scolaire de l'exclure de l'école en raison de son refus de participer aux cours d'éducation physique.

En conclusion, il nous est aisé de voir que les tribunaux des quatre États à l'étude peuvent être qualifiés de «gardiens du droit des élèves de porter des signes religieux dans les établissements scolaire». Dans cette optique, ils n'acceptent pas toujours les préoccupations relatives à la sécurité ou l'adoption d'une loi comme raisons justifiant des restrictions à ce droit. Également, c'est la perspective différentialiste qui ressort de l'analyse jurisprudentielle de ces pays, en particulier celle du Canada, des États-Unis et même de la France. Dans ce contexte, nous pouvons dire que les tribunaux considèrent la liberté de religion comme étant un droit constitutionnel fondamental dont la restriction ne peut se faire dans n'importe quelle circonstance et dans la poursuite de n'importe quel but.

Dans la section suivante nous allons examiner la problématique du port des signes religieux par les enseignants et les membres de l'administration scolaire dans le but de mettre en lumière comment la liberté de religion s'applique à ce segment du système d'éducation des quatre pays à l'étude.

II

La jurisprudence du Canada, des États-Unis, de la France et de la Suisse relative au port des signes religieux dans les établissements scolaires par les enseignants et le personnel administratif scolaire

Si les tribunaux sont très ouverts par rapport au port des signes religieux par les élèves, tel n'est pas le cas pour les enseignants qui doivent respecter le principe de laïcité et de neutralité de l'État dans les institutions scolaires publiques du moins, aux États-Unis, en France et en Suisse, alors qu'au Canada le principe de la neutralité inclusive ou bienveillante fait en sorte que les tribunaux ont décidé d'adopter une approche différente. Nous allons débiter notre analyse par l'examen de la jurisprudence émanant des tribunaux américains sur cette question.

2.1 La position des tribunaux des États-Unis quant au port des signes religieux par les enseignants et le personnel administratif des institutions scolaires

Aux États-Unis, le débat sur la question du port des signes religieux par les enseignants remonte au 19^e siècle jusqu'au milieu du 20^e siècle avec les nonnes qui enseignaient dans les écoles publiques du pays avec leurs tenues vestimentaires religieuses⁵⁶². De fait, pendant que certains États avaient adopté des lois interdisant le port de tenues vestimentaires religieuses par les nonnes dans les écoles publiques (Oregon), d'autres États ont préféré garder le statu quo ou l'ont tout simplement autorisé (Arkansas et Tennessee)⁵⁶³. Cette réalité a créée au départ une jurisprudence contradictoire, qui variait d'un État à l'autre et qui était contraire à la neutralité américaine. Ainsi, dans la décision *Hysong c.*

⁵⁶² Pfeffer, Leo, *Church State and Freedom*, Boston, Beacon Press, 1967, p. 496 - 502

⁵⁶³ Richter, Dagmar, «Religious Garments in Public Schools in Separation Systems : France and the United States of America» dans Bruegger, Winfred, Karayanni, Michael, dir., *Religion in the Public Sphere: A Comparative Analysis of German, Israeli, American and International Law*, Berlin, Springer Berlin Heidelberg, 2007, p. 224-228

*Gallitzin Borough School District*⁵⁶⁴, l'habillement religieux d'une nonne enseignant dans une école publique avait fait l'objet d'un litige en Pennsylvanie qui n'avait pas de loi interdisant le port de tenue religieux dans les écoles mais qui interdisait 'l'enseignement sectaire'. La Cour de la Pennsylvanie a conclu à la majorité que l'habillement religieux en soi ne constituait pas de 'l'enseignement sectaire'. Par conséquent, la demanderesse devrait avoir le droit d'enseigner dans les écoles publiques avec sa tenue religieuse. De plus, l'absence de lois interdisant le port de signes et d'habillements religieux dans les écoles publiques dans l'État de Pennsylvanie donnait le droit à quiconque d'enseigner avec de telles tenues. Suite à ce jugement, la Pennsylvanie et d'autres États américains se sont empressés d'adopter des lois interdisant le port de vêtements et de signes religieux par les enseignants dans les écoles publiques.

Cependant, la Cour suprême du Nouveau-Mexique est arrivée à une conclusion différente en statuant dans *Zellers c. Huff*⁵⁶⁵ que l'État du Nouveau-Mexique endossait la religion catholique en permettant aux nonnes d'enseigner dans les écoles publiques avec leurs tenues religieuses. De plus, le plus haut tribunal de cet État a affirmé que «the wearing of religious garb and insignia 'by its very nature' would introduce sectarian religion into the school»⁵⁶⁶. Ici encore, nous voyons l'application stricte du principe de la neutralité américaine au niveau de la tenue vestimentaire des enseignants œuvrant dans les écoles publiques dans la mesure où cette pratique est considérée comme une entorse à ce principe.

Aujourd'hui, la jurisprudence des tribunaux américains quant au port des signes religieux par les enseignants dans les écoles publiques suit la même perspective que celle des

⁵⁶⁴ *Hysong c. Gallitzin Borough School District*, 164 Pa 629, 44 Am St Rep 632. Par ailleurs, dans la décision *Gerhardt c. Heid*, 66 ND 444, 267 NW 127 un tribunal du Dakota du Nord est arrivé à la même conclusion que la Cour de la Pennsylvanie et pour les mêmes raisons. Ces deux États se sont empressés d'adopter des lois qui interdisent le port des signes et d'habillement religieux dans les écoles publiques.

⁵⁶⁵ *Zellers c. Huff*, 55 NM 501, 236 P2d 949. Également, dans *O'Connor c. Hendrick*, 184 NY 421, 77 NE 612, 7 LRA NS 402, 6 Ann Cas 432 un tribunal de première instance de l'État de New York est arrivé à la même conclusion que l'arrêt *Zellers c. Huff* [précité], statuant que le port de vêtements religieux dans les enceintes des écoles publiques constituait une violation de la Constitution de l'État de New York.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, § 20

tribunaux français et suisse tout en étant plus uniforme que par le passé. En effet, dans l'affaire *Cooper c. Eugene School District No. 4J*⁵⁶⁷ la Cour d'appel de l'Oregon a donné gain de cause aux autorités scolaires qui avaient suspendu une enseignante qui s'était convertie à la religion Sikh et qui voulait enseigner en portant ses vêtements religieux. Entre autres, la Cour a justifié son jugement en ces termes :

*The religious dress statute, when correctly interpreted, did not violate State's guarantees of religious freedom or federal First Amendment. Wearing religious dress-clothing that is associated with, and symbolic of, religion while teaching may leave a conscious or unconscious impression among young people and their parents that the school endorses the particular religious commitment of the person*⁵⁶⁸.

De plus, la Cour a ajouté que la sanction étatique n'était pas excessive car elle était enchâssée au sein d'une loi qui visait à punir les enseignants qui agissaient de manière incompatible avec les exigences de leurs fonctions et dont les actions remettaient en question le caractère neutre des écoles publiques.

Le même raisonnement a été suivi par la Cour d'appel du 3^e Circuit des États-Unis dans la décision *United States c. Board of Education for School District of Philadelphia*⁵⁶⁹ dans laquelle une enseignante de religion musulmane qui voulait enseigner avec son foulard s'était vue interdire l'accès aux salles de classe en raison d'une loi de l'État de la Pennsylvanie (*Pennsylvania Garb Statute of 1895*) qui interdisait le port des signes religieux par les enseignants. La cour a donné gain de cause au conseil scolaire en insistant encore une fois sur l'intérêt de l'État (*Compelling State Interest*) de maintenir un milieu de travail neutre, où les enseignants doivent s'abstenir d'affirmer leurs appartenances religieuses devant les élèves vulnérables et captives⁵⁷⁰. Une fois de plus, la notion d'accommodement religieux a cédé le pas à la neutralité des écoles publiques mais aussi à

⁵⁶⁷ *Cooper c. Eugene School District No. 4J*, 301 Or. 358, 723 P. 2d 298 (1986)

⁵⁶⁸ *Ibid*

⁵⁶⁹ *United States c. Board of Education for School District of Philadelphia*, 911 F. 2d 882. Il convient de noter que la *Pennsylvania Garb Statute of 1895* a été adoptée après le jugement *Hysong c. Gallitzin Borough School District* [précité]

⁵⁷⁰ [Note] Le juge Ackerman a été dissident dans cette décision en raison de l'approche rigide utilisée par la majorité de la Cour en matière de neutralité religieuse de l'État. *Ibid* § 66-79

l'idée que le port de signes religieux par les enseignants peut avoir un effet coercitif sur les jeunes élèves.

À la lumière de ces jugements, nous pouvons dire que «le mur de séparation» qui a été établi par Jefferson et Madison lors de l'élaboration de la neutralité américaine s'applique de manière très stricte aux enseignants et personnels scolaires œuvrant dans les écoles publiques de ce pays. Examinons maintenant la situation qui prévaut en France.

2.2 La position des tribunaux de la France quant au port des signes religieux par les enseignants et le personnel administratif des institutions scolaires

Le système juridique français est similaire à celui des États-Unis quant à la rigidité avec laquelle il traite de la question du port des signes religieux dans les écoles publiques par les enseignants. En effet, en vertu du principe de neutralité s'appliquant aux agents de l'État dans l'exercice de leurs activités professionnelles, ceux-ci ne peuvent manifester ouvertement leurs croyances religieuses dans le cadre de la livraison des services gouvernementaux au public (communément appelé une «obligation de réserve des fonctionnaires de l'État»⁵⁷¹). Par conséquent, le port des signes religieux au travail leur est strictement interdit. Dans le milieu de l'enseignement, l'article 141-5 du *Code de l'éducation* qui remplace l'article 17 de la *Loi du 30 octobre 1886 sur l'organisation de l'enseignement primaire* dite «Loi Globet du 30 octobre 1886» [précitée] exige que l'enseignement dans les écoles publiques de tout ordre doit être dispensé par un personnel laïc. Cette règle est non seulement fondée sur la sécularisation de l'enseignement, mais également sur le souci de donner aux parents une garantie de respect de toutes les croyances au sein des institutions publiques. Ainsi dès 1912, le Conseil d'État avait confirmé la légalité du refus d'admettre un prêtre à passer un concours de recrutement pour les écoles publiques sur la base de la laïcité et de la nécessité de maintenir un système

⁵⁷¹ Durand-Prinborgne, Claude, «Laïcité dans le service public de l'éducation» (2005), 4, Centre de recherche sur les droits fondamentaux, p. 24

scolaire où le personnel ne représenterait pas une religion particulière⁵⁷². Par la suite, quelques décisions plus récentes ont été rendues où la jurisprudence des tribunaux français ont confirmé l'exigence au moment du recrutement, de garanties d'intégration dans un personnel laïc, y compris l'absence de toute manifestation religieuse ou d'appartenance au clergé au sein du personnel enseignant et administratif des écoles publiques⁵⁷³.

Dans ce même ordre d'idées, dans son avis du 3 mai 2000, le Conseil d'État a conclu qu'en vertu des principes de la laïcité, les fonctionnaires gouvernementaux ne doivent pas manifester leurs croyances religieuses en milieu de travail qu'ils soient des enseignants ou non⁵⁷⁴. Il a par ailleurs ajouté que le fait pour un fonctionnaire de l'État d'arborer des signes religieux dans l'exercice de ses fonctions constitue un manquement à ses obligations professionnelles et constitue donc, une faute grave. En l'occurrence, les enseignants n'ont pas le droit de porter des signes religieux dans les établissements d'enseignements qu'ils soient ostentatoires ou non. Dans *Mlle Brazza*⁵⁷⁵, le Tribunal administratif de Versailles a maintenu la suspension d'une enseignante qui portait le foulard dans les enceintes de l'établissement scolaire et qui a refusé de s'en défaire malgré les demandes répétées de l'administration. Par ailleurs, il a justifié sa décision en disant que l'attitude de l'enseignante était de nature à porter atteinte à la liberté de conscience des élèves dont elle avait la charge⁵⁷⁶. En l'espèce, c'est le critère du caractère vulnérable et donc, captif du groupe qui a justifié la décision du tribunal tout comme le raisonnement des tribunaux américains dans *United States c. Board of Education for School District of Philadelphia* [précité].

Il s'avère également important de souligner que cette obligation de réserve va plus loin que celle établie par le système juridique américain parce qu'elle s'applique également aux

⁵⁷² C.E. 10 mai 1912, *abbé Bouteyre*, S., 1912, 3 p.

⁵⁷³ T.A. Marseille, 20 octobre 2000 *Mlle Montailier c. IUFM de l'académie d'Aix-Marseille*

⁵⁷⁴ Conseil d'État, 3 mai 2000, *Dlle Marteaux*, No. 217017

⁵⁷⁵ T.A. Versailles, 14 mai 1992, *Mlle Brazza* (1992) R. S., p. 549

⁵⁷⁶ *Ibid*

parents des élèves et aux bénévoles qui ne doivent pas arborer de signes religieux lorsqu'ils sont impliqués dans les activités scolaires et parascolaires avec les élèves⁵⁷⁷. Cette obligation ne s'applique toutefois pas à l'enseignement supérieur où il est jugé que les étudiants sont considérés moins vulnérables parce qu'ils ont assez de maturité et de jugement et ont déjà développé leurs propres perspectives en matière religieuse⁵⁷⁸. Ainsi, au niveau de l'enseignement primaire, secondaire et collégial, les raisons citées à l'appui de cette rigidité sont nombreuses. Toutefois, les deux principales justifications sont les suivantes : (1) le souci de protéger les élèves vulnérables contre l'abus d'autorité du personnel scolaire; et (2) le souci de maintenir une image laïque et neutre qui favorise l'égalité d'accès et de traitement de tous dans les services publics, en particulier l'éducation⁵⁷⁹.

En conclusion, nous pouvons dire que les principes relatifs à la laïcité au niveau des services publics constituent d'importantes limites aux droits des enseignants des écoles publiques agissant à titre d'agents de l'État d'exprimer leurs croyances religieuses dans l'espace public par le port de signes religieux en France. Examinons maintenant, la situation qui prévaut en Suisse quant à cette question.

2.3 La position des tribunaux de la Suisse quant au port des signes religieux par les enseignants et le personnel administratif des institutions scolaires

⁵⁷⁷ Durand-Prinborgne, supra note 571, p. 27

⁵⁷⁸ [Note] Les tribunaux français ont confirmé la non-application de la *Loi de 2004 encadrant en application du principe de laïcité le port de signes ou tenues manifestant une appartenance religieuse* à l'enseignement supérieur. Toutefois, selon l'article L 141-6 du *Code d'éducation*, s'il y a excès dans l'utilisation d'une liberté de recherche destinée à garantir les possibilités «de libre développement scientifique créateur et critique» l'exemption accordée à un membre d'une institution universitaire pourrait être levée. Ainsi, il a été décidé que l'utilisation dans le service d'une connexion internet de l'établissement universitaire pour entrer en communication avec des correspondants en tant qu'adhérent d'une secte est une faute grave. Voir : T.A. Paris, 25 mars 1999, requête no. 9616402/5,0; C.A.A Paris, 24 janvier 2002, requête no. 99 PA 03034,0

⁵⁷⁹ *Ibid.* Cet état de fait a été confirmé par le Conseil d'État dans son Avis du 3 mai 2000 où il a confirmé que l'obligation de réserve s'appliquait également aux personnels non enseignants. Voir : *Dlle Marteaux* supra note 284

Sensiblement le même constat peut être formulé à l'endroit du système juridique suisse. Nous disons sensiblement parce que la question de la gestion de la diversité religieuse est laissée aux cantons et varie d'un canton à l'autre dans cet État. Toutefois, dans la décision *X c. Conseil d'État du Canton de Genève*⁵⁸⁰ le Tribunal fédéral a maintenu la décision d'interdire à une enseignante musulmane le port du foulard islamique en salle de classe. Les raisons du jugement reposent sur le fait que l'interdiction pour un enseignant de porter des signes religieux en classe correspond à un intérêt public important soit : la neutralité de l'État et la paix confessionnelle et religieuse au sein du système scolaire qui sont au cœur de la laïcité suisse. Le tribunal a de plus ajouté que les mesures prises à l'endroit de l'enseignante étaient proportionnelles et ne constituaient pas une violation de ces convictions religieuses. À ceci s'ajoute le fait que le canton de Genève est officiellement laïc donc, la neutralité de l'État doit être préservée⁵⁸¹.

En somme, les tribunaux suisse, français et américains sont sur la même longueur d'onde quant au port des signes religieux par les enseignants et le personnel œuvrant dans les institutions scolaires publiques : le port des signes religieux durant l'exercice des fonctions d'enseignement constitue une violation des principes de la neutralité de l'État et de la laïcité dans la mesure où lesdits signes envoient au public un message qui laisse sous-entendre que l'État endosse une religion particulière. Dans la prochaine sous-section de la recherche nous allons examiner l'état du droit canadien quant à cette question.

2.4 La position des tribunaux du Canada quant au port des signes religieux par les enseignants et le personnel administratif des institutions scolaires

⁵⁸⁰ *X c. Conseil d'État du Canton de Genève*, ATF 123 I 296. Il s'avère important de noter que cette décision s'est rendue devant la Cour européenne des droits de l'homme sous l'intitulé *Lucia Dahlab c. Suisse* supra note 195

⁵⁸¹ [Note] Ce dernier commentaire du Tribunal nous amène à nous demander si le juge aurait pris une décision différente si le canton de Genève n'était pas officiellement laïc? Des recherches plus poussées ne nous ont pas permis de répondre à cette question malheureusement.

Il n'existe pas beaucoup de jugements quant au port des signes religieux par les enseignants et les membres du personnel administratif scolaire dans les écoles au Canada. Cependant l'arrêt *Pandori c. Peel Board of Education*⁵⁸² est une décision clé en l'espèce parce qu'il illustre l'application de la neutralité bienveillante du Canada, car il est le seul des quatre États à l'étude à autoriser le port du *kirpan* dans les écoles par les enseignants et les membres de l'administration scolaire. Cette affaire concernait deux plaintes conjointes relatives au port du *kirpan* faites par un professeur et des élèves sikhs d'une école publique. 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 des droits de la personne* de l'Ontario est arrivée à la conclusion, au vu de la preuve, que le port du *kirpan* devait être autorisé dans l'école, tant pour les élèves que pour les enseignants et les membres de l'administration scolaire, mais à la condition 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 qu'il soit difficile, mais pas impossible, de l'en sortir. De plus, le commissaire a souligné le fait que le *kirpan* n'a jamais été associé à aucun incident violent dans les écoles au Canada et que d'autres commissions scolaires (Ontario et Colombie-Britannique) l'autorisaient dans leurs écoles. En outre, il a ajouté que le directeur de l'école pourrait s'assurer que les conditions posées concernant le port du *kirpan* seraient respectées en tout temps. La décision de la Commission devait être confirmée par la Cour divisionnaire d'Ontario⁵⁸³.

Dans la prochaine section de ce mémoire, nous allons examiner la perspective des tribunaux des quatre États quant au port des signes religieux dans les salles d'audience des tribunaux.

⁵⁸² *Pandori c. Peel Bd. of Education*, (1990) 12 C.H.R.R. D/364 (Bd. Inq. Ont). Ces conditions sont que le directeur de l'école pouvait modifier les conditions relatives au port du *kirpan* si nécessaire, suspendre le droit de le porter s'il faisait l'objet d'abus et imposer d'autres restrictions temporaires si le niveau de violence dans l'école augmentait.

⁵⁸³ *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

III

La jurisprudence du Canada, des États-Unis, de la France et de la Suisse relative au port des signes religieux dans les salles d'audience des tribunaux

Introduction

Les questions liées à l'intégrité, l'impartialité, l'indépendance et le bon fonctionnement du système judiciaire constituent des limites importantes au port des signes religieux dans les salles d'audience des tribunaux au Canada alors qu'aux États-Unis les tribunaux adoptent une approche plus nuancée quant à cette question où ils autorisent les parties à le faire entre autres, quand il n'y a pas de risque d'atteinte aux procédures judiciaires ou d'influencer les membres du jury. En France, bien que nos recherches ne nous ont pas permis de trouver des jugements sur cette question, nous savons que depuis l'adoption de la loi interdisant le port du voile intégral en public [précitée] les juges ont le pouvoir de chasser ou d'interdire l'entrée au tribunal à quiconque (témoin, avocat, membre du jury participant passif à l'audience etc.) qui se présente dans ce lieu avec la *burqa* ou le *niqab* alors qu'en Suisse cette question n'a pas encore fait l'objet de litiges ou de mesures législatives. Dans les paragraphes qui suivent nous allons examiner les circonstances dans lesquelles le port des signes religieux est autorisé dans les salles d'audience par rapport à celles où ils sont interdits.

3.1 Le port des signes religieux dans les salles d'audience des tribunaux au sein de la jurisprudence des instances judiciaires du Canada : La saga N.S.

Au Canada, la question du port des signes religieux dans les salles d'audience est circonscrite par des questions liées à l'intégrité, à la sécurité mais aussi aux principes de justice fondamentale et d'équité procédurale. De fait, lorsque les tribunaux sont amenés à soupeser le droit du justiciable d'exprimer ses croyances religieuses dans les salles d'audience des tribunaux, dans la plupart des cas ce sont souvent des questions liées à

l'impartialité, l'intégrité du système judiciaire et à la sécurité qui l'emportent surtout lorsque le signe religieux est un objet tranchant tel qu'un *kirpan*. Toutefois, la position des tribunaux canadiens est plus nuancée dans le cas du foulard islamique comme nous le verrons dans les lignes qui suivent.

Les préoccupations relatives à la sécurité ont été au cœur de la décision de la Cour d'appel du Manitoba dans l'arrêt *R c. Hothi et al.*,⁵⁸⁴ où elle a maintenu la décision d'un juge d'interdire le port du kirpan dans la salle d'audience pour la simple raison que le magistrat à l'autorité d'exercer le contrôle dans la salle d'audience et de s'assurer qu'il ne s'y trouve aucune arme pouvant représenter un risque pour la sécurité. Il est intéressant de voir que le *kirpan* est perçu comme une «arme» ici alors que ce n'était pas le cas dans *Multani* [précité] où les juges de la Cour suprême du Canada ont autorisé les membres de la communauté Sikh à pénétrer dans la salle d'audience avec leur *kirpan*. C'est donc dire que la perspective des tribunaux du Canada face à ce signe religieux a évolué depuis 1985.

Dans la décision *Re Singh et Al., and the Queen*⁵⁸⁵ le demandeur qui s'était vu interdire l'entrée d'une salle d'audience parce qu'il portait son kirpan a interjeté appel de cette décision devant la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté son appel pour le motif que la décision du tribunal de première instance visait à maintenir un système judiciaire impartial, libre de toute influence pouvant nuire ou contrarier sa bonne marche. Selon la Cour, ces considérations constituent des limites raisonnables prescrites par une règle de droit dont la justification pouvait se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

⁵⁸⁴ *R c. Hothi et al.*, (1985), 35 Man. R. (2nd) 159 (C.A. Man.)

⁵⁸⁵ *Re Singh et Al., and the Queen* (1985), 18 C.C.C. (3d) 31. Par ailleurs, en 1994 dans l'affaire *Remillard c. Alary* (1994) CANLII (Cour municipale du Québec), une plainte d'intolérance religieuse avait été logée à l'endroit du juge Alary au Conseil canadien de la magistrature du Québec pour le motif que celui-ci avait interdit l'accès de la salle d'audience à une femme musulmane portant le voile. Tout en rejetant la plainte de la requérante pour le motif que les juges ont le devoir d'assurer l'ordre dans le tribunal, le Conseil canadien de la magistrature a également reconnu que les juges doivent respecter les croyances religieuses des justiciables et essayer de les accommoder tant et aussi longtemps que cet accommodement ne porte pas atteinte à l'intégrité du système judiciaire.

À la lumière de ces jugements, nous pouvons dire que les décisions des magistrats quant à la présence de signes religieux dans les salles d'audience sont rarement contestées avec succès au niveau des cours supérieures. Ceci étant dit, quelle est la position des tribunaux en droit de la preuve quand un témoin veut témoigner avec un signe religieux tel que le *niqab* qui les empêchent de voir son visage? La Cour suprême du Canada a eu l'occasion de se pencher sur cette question dans l'arrêt *R c. N.S.*⁵⁸⁶.

Les faits relatifs à l'affaire *R c. N.S.*⁵⁸⁷ se résument ainsi : Lors de l'enquête préliminaire portant sur les allégations d'agressions sexuelles commises sur elle par son oncle et son cousin, N.S. a demandé l'autorisation de témoigner en portant son *niqab*, invoquant ses croyances religieuses musulmanes à l'appui de sa demande. Le juge présidant l'enquête préliminaire lui a ordonné d'enlever son *niqab* avant de témoigner à l'enquête préliminaire. Saisi d'une requête en recours extraordinaire, le juge de la Cour supérieure de l'Ontario a accueilli une demande de *certiorari* annulant l'ordonnance exigeant que N.S. retire son voile pendant son témoignage, mais a rejeté une demande de *mandamus* autorisant N.S. à porter son voile durant son témoignage.

En appel, la Cour d'appel de l'Ontario a donné gain de cause à N.S. en partie en développant trois critères dont il faut tenir compte pour permettre à un justiciable de témoigner avec un *Niqab*. Le premier exige de la cour d'investiguer si l'action du justiciable en question est motivée par la religion et que ses croyances sont sincères. Le deuxième force la cour à examiner si le port du *niqab* porte atteinte au droit de l'accusé de contre-interroger le justiciable et de pouvoir présenter une défense pleine et entière. Le troisième critère exige du juge qu'il examine les droits des deux parties, c'est-à-dire le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et le droit du témoin à la liberté de religion, pour déterminer s'il y a possibilité que les droits de l'un ou l'autre risquent d'être compromis dans le processus judiciaire, dans ce cas, il doit tenter de les concilier dans la mesure du possible

⁵⁸⁶ *N.S. c. R* [2012] CSC 72

⁵⁸⁷ *R c. N.S.*, [2010] ONCA 670

en leur donnant effet. D'un autre côté, Si le juge conclut que le port du *niqab* par le témoin pourrait nuire d'une façon significative au contre-interrogatoire de celui-ci et pourrait résulter en un déni du droit de l'accusé à présenter une défense pleine et entière, alors ce droit doit prévaloir sur le droit du témoin à la liberté de religion: le témoin se verra ordonner de retirer son *niqab*. Par ailleurs, la nature minoritaire de la demanderesse (femme musulmane et victime d'agression sexuelle) a joué un rôle dans la décision de la Cour d'appel qui cherche à faciliter l'accès à la justice pour les femmes de religion minoritaire en vertu de l'article 27 de la Charte qui exige le respect du caractère multiculturel du Canada.

En appel à la Cour suprême du Canada, cette dernière devait déterminer dans quel cas une personne portant le *niqab* pour des motifs religieux pourrait être requise de l'enlever durant son témoignage car trois catégories de droits sont en jeu : (1) la liberté de religion du témoin; (2) le droit de l'accusé à un procès juste et équitable; et (3) le droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Le plus haut tribunal du Canada a décidé de procéder par la conciliation des droits en cause en essayant de trouver un équilibre juste et proportionnel entre la liberté de religion et l'équité du procès tout en renvoyant l'affaire au juge président l'enquête préliminaire. Après avoir reconnu comme étant indéfendable une mesure qui obligerait ou n'obligerait pas un témoin d'enlever son *niqab*, la Cour a reconnu qu'un justiciable portant un *niqab* pour des motifs religieux sincères pourrait être obligé de l'enlever à partir d'un cadre d'analyse qui comporte deux conditions : (1) cette mesure est nécessaire pour écarter un risque sérieux que le procès soit inéquitable, vu l'absence de d'autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque; et (2) les effets bénéfiques de l'obligation d'enlever le *niqab* sont plus importants que ses effets préjudiciables.

La Cour poursuit en stipulant que ce cadre d'analyse doit être appliqué à partir des questions suivantes : (1) le fait d'obliger le témoin à enlever le *niqab* pendant son témoignage porterait-il atteinte à sa liberté de religion? La réponse à cette question nécessite que N.S. démontre que sa volonté de porter le *niqab* durant son témoignage est basée sur des croyances religieuses sincères; (2) le fait d'autoriser le témoin à porter son

niqab durant le procès poserait-il un risque au niveau de l'équité du procès? Selon la Cour, la réponse à cette question va dépendre de la déposition que va faire le témoin et si le témoignage de celui-ci n'est pas contesté. Par contre, si la déposition du témoin est contestée il devient nécessaire de voir son visage car sa crédibilité est remise en cause et il devient nécessaire d'avoir recours à un voire-dire pour le contre-interroger; (3) y-a-t-il moyen de réaliser les deux droits (liberté de religion et équité procédural) et d'éviter le conflit qui les oppose? (4) Existe-t-il d'autres mesures raisonnables qui permettraient de respecter les convictions religieuses du témoin tout en prévenant un risque sérieux pour l'équité du procès? Pour répondre à cette question, le juge doit évaluer l'importance que le témoin accorde à sa pratique religieuse, les personnes présentes et les mesures prises pour limiter la visibilité du visage ainsi que pour favoriser l'accès à la justice pour les femmes portant le *niqab*.

Dans ce jugement, la Cour suprême du Canada a trouvé le moyen de développer un test qui à notre avis permet de préserver à la fois l'équité procédural et l'identité religieuse des femmes portant le *niqab* lorsque ces dernières font face au système judiciaire. Ceci constitue encore une fois un exemple intéressant de l'application de la laïcité inclusive et bienveillante qui caractérise le Canada et qui est d'ailleurs conforme aux cadres théoriques de Fredman et Kymlicka.

Conformément au jugement de la Cour suprême du Canada, le magistrat président l'enquête préliminaire de la Cour de l'Ontario a été appelé à rendre un nouveau jugement sur le droit de N.S. de garder son *niqab* durant le procès⁵⁸⁸. Après avoir appliqué les critères développés par le plus haut tribunal du Canada (qui sont mentionnés ci-haut) le juge a statué que N.S. devait enlever son *niqab* pour témoigner en raison du fait que le respect de ses croyances religieuses compromettrait de façon réelle et importante le droit des accusés à un procès juste et équitable si le port de ce signe religieux était autorisé. S'agissant du

⁵⁸⁸ R. c. N.S. April 24, 2013, Ontario Court of Justice

quatrième critère qui faisait implicitement référence aux accommodements, le juge a statué que ‘[...]no accommodation or alternative measures are possible. The niqab is either worn at or removed for the preliminary inquiry. There is no middle ground⁵⁸⁹’. En d’autres termes, la nature du *niqab* et les intérêts qui sont en jeu au niveau de l’équité procédurale et du droit de l’accusé à une défense pleine et entière ont prévalu sur les convictions religieuses de N.S. et ce, malgré l’intérêt marqué de la Cour suprême de favoriser l’accès à la justice pour les femmes musulmanes qui portent ce signe religieux. Dans les lignes qui vont suivre nous allons examiner la position des tribunaux américains sur cette question.

3.2 Le port des signes religieux dans les salles d’audience des tribunaux aux États-Unis

Un peu à l’image des tribunaux canadiens, les instances judiciaires américaines ont démontré une certaine ouverture mais aussi de la réticence face au port des signes religieux dans les salles d’audience par les justiciables et les individus de tout genre. En fait, pendant que les tribunaux américains ont souvent accepté le port des signes religieux dans les salles d’audience, ils se sont opposés à ce que des témoins ou des avocats fassent autant. Dans les paragraphes qui suivent nous allons tenter de dégager les raisons qui justifient leurs jugements en débutant par l’analyse des décisions où ils se sont montrés favorables au port des signes religieux dans les palais de justice, pour ensuite examiner ceux où ils s’y sont opposés.

Tout d’abord, c’est le *Compelling State Interest Test* que la Cour suprême des États-Unis avait élaboré dans *Sherbert c. Verner* et *Wisconsin c. Yoder* [précités] qui est appliqué dans les questions relatives au port des signes religieux au sein des palais de justice. Ainsi, dans les arrêts *McMillan c. State*⁵⁹⁰ et *In re Palmer*⁵⁹¹ la Cour d’appel du Maryland et celle du Rhode Island devaient déterminer si la *Free Exercise Clause* donne le droit aux justiciables

⁵⁸⁹ *Ibid*

⁵⁹⁰ *McMillan c. State* 265 A.2d 453 (Md. 1970)

⁵⁹¹ *In re Palmer*, 386 A.2d 1112 (R.I. 1978)

de porter des couvre-chefs religieux dans les salles d'audience des palais de justice. Dans *McMillan c. State*, après examen des faits relatifs à l'instance, la Cour d'appel a donné gain de cause au justiciable en statuant que «...the wearing of the filaas by the defendant was not disruptive of the decorum and respect to which a court is entitled»⁵⁹². La Cour suprême de Rhode Island est arrivé à la même conclusion tout en ajoutant que le fait que le juge de première instance n'ait pas vérifié la sincérité de la croyance du demandeur et ne l'ait pas balancé avec les intérêts du tribunal de régler la tenue vestimentaire dans la salle d'audience constitue une violation de la *Free Exercise Clause*. Par ailleurs dans les deux causes les tribunaux ont ajouté que les couvre-chefs (le *Filaas* dans *McMillan* et le *takia* dans *In re Palmer*) que portaient les demandeurs ne posaient pas de risque à l'ordre et la sécurité qui doivent régner dans les salles d'audience⁵⁹³.

Par la suite dans l'affaire *Close-It Enterprises Inc., c. Weinberger*⁵⁹⁴, la Cour d'appel de l'État de New York a renversé la décision d'un tribunal de première instance qui avait décidé qu'un accusé de religion juive devait choisir entre enlever sa *kippa* pour participer à son propre procès ou le porter et ne pas entrer dans la salle d'audience parce que la présence d'un tel signe religieux pourrait nuire à l'impartialité du jury. La Cour d'appel a statué que le défendeur (Weinberger) n'aurait jamais dû être appelé à choisir entre ces intérêts juridiques et ces croyances religieuses car rien n'indique que le port de la *kippa* aurait affecté l'impartialité du jury, d'autant plus que le défendeur portait ce signe religieux lors de la sélection des membres du jury. La Cour a par ailleurs conclu que «any potential prejudice could have been alleviated through the *voir dire* and the court's instructions to the jury»⁵⁹⁵.

Ce dernier point est d'une importance particulière parce que c'est sur la base des instructions données au jury que la Cour d'appel de la Floride s'est basée pour rejeter la

⁵⁹² *Ibid*, § 454

⁵⁹³ *Ibid*, § 1116

⁵⁹⁴ *Close-It Enterprises Inc., c. Weinberger*, [1978] 64 A.D. 2d 686

⁵⁹⁵ *Ibid*, § 588

décision d'une cour de première instance qui avait interdit à un justiciable, membre d'un groupe religieux *Omni* de porter sa tenue vestimentaire religieuse dans la salle d'audience. En effet, dans l'affaire *Joseph c. State*⁵⁹⁶, la plus haute instance judiciaire de la Floride a répondu aux effets négatifs que peut avoir le port d'un signe religieux sur l'impartialité des membres du jury en ces termes «calling for jury instructions that would tell jurors to disregard the petitioner's garb and would explain to them his religious rights»⁵⁹⁷.

Dans un autre ordre d'idées, les tribunaux américains ont toutefois établi des limites quant au droit des justiciables de porter des signes religieux dans les salles d'audience. Plusieurs facteurs expliquent ces limitations. Nous pouvons citer entre autres la crainte que la notion d'impartialité judiciaire et de l'équité procédurale soient remises en question⁵⁹⁸. Également, l'argument relatif au contrôle raisonnable du magistrat sur le tribunal ne peut être écarté. Ainsi, la Cour suprême du Michigan a modifié les règles relatives à la preuve au sein de cet État⁵⁹⁹ pour exiger à toute personne présente dans une salle d'audience avec un couvre-chef quelconque (masque, foulard, casque, capuchon etc.) de l'enlever pour la durée des procédures ou de quitter la salle d'audience. La *Uniform Trial Court Rule* 3.010(1) de l'État de l'Oregon vise le même objectif, c'est-à-dire permettre à un juge d'expulser du tribunal toute personne portant un couvre-chef ou des vêtements qui constituent une atteinte à la dignité de la Cour⁶⁰⁰. À ce niveau, nous pouvons dire que certains États américains ont adopté l'approche française, car dans cet État un juge peut ordonner à tout justiciable qui arbore un signe religieux ostentatoire dans une salle d'audience de quitter les lieux.

⁵⁹⁶ *Joseph c. State*, 642 So. 2d 613 (Fla. Dist. Ct. App. 1994)

⁵⁹⁷ *Ibid.*, § 615

⁵⁹⁸ Alison, Dundas Renteln, supra note 46, p.1582.

⁵⁹⁹ *Amendment of Rule 611 of the Michigan Rules of Evidence*, June 17, 2009 Online: <http://courts.michigan.gov/supremecourt/Resources/Administrative/2007-13-08-25-09-Order.pdf> le contenu de la modification se lit comme suit «The court shall exercise reasonable control over the appearance of parties and witnesses so as to (1) ensure that the demeanor of such persons may be observed and assessed by the fact-finder, and (2) to ensure the accurate identification of such persons»

⁶⁰⁰ *Uniform Trial Court Rule* 3.010(1), État de l'Oregon, August 1, 2010, Online: http://courts.oregon.gov/OJD/docs/programs/utcr/2010_UTCR.pdf. Il convient de mentionner qu'en dépit de cette législation, une femme a eu gain de cause dans une affaire dans laquelle un juge a refusé de permettre à un témoin de comparaître en cour avec son couvre-chef religieux. Voir *State c. Allen* 113 Ore. App. 306, 308 (Or. Ct. App. 1992)

Au niveau de la jurisprudence des tribunaux américains quant aux limites relatives au port des signes religieux dans les salles d'audience. Il convient de débiter notre analyse par l'examen de l'affaire *State c. Hodges*⁶⁰¹ dans laquelle, la Cour suprême du Tennessee a accepté d'imposer des limites au droit d'un justiciable de porter des signes religieux dans les salles d'audience uniquement en raison de circonstances exceptionnelles. Dans cette affaire, un justiciable qui s'est vu interdire l'entrée de la salle d'audience par le juge du procès en raison de sa tenue vestimentaire «inusitée» a invoqué son droit à l'expression de ces croyances religieuses en vertu de la *Free Exercise Clause*. Son refus d'enlever son couvre-chef ayant été sanctionné d'un verdict d'outrage au tribunal, il a interjeté appel auprès du plus haut tribunal du Tennessee qui a rejeté sa requête pour le motif que sa tenue

⁶⁰¹ *States c. Hodges*, 695 S.W.2d 171 (Tenn. 1985). Au niveau des tribunaux inférieurs, il convient de noter les décisions *Sparks-El c. Finley*, No. 85-C9259, 1987 U.S. Dist. LEXIS 3374 (N.D. III. Apr. 23, 1987) *aff'd*, 845 F.2d 1023 (7th Cir. 1988) où la *United States District Court for the Northern District of Illinois* a appliqué le *Compelling State Interest* pour rejeter la plainte d'un justiciable de religion musulmane qui voulait pénétrer dans la salle d'audience en refusant d'enlever temporairement son couvre-chef (*fez*) lors d'un contrôle de sécurité de routine que la Cour a considéré d'une grande importance au maintien de l'ordre et de la sécurité dans le fonctionnement du tribunal. Dans l'affaire *Albaghdaddy c. Callahan*, No. 13372 (U.S. District Court of Eastern Michigan Southern Division – 2009) la Cour de district de l'est du Michigan a rejeté la requête d'une femme musulmane contre un juge qui lui avait ordonné d'enlever son foulard dans la salle d'audience parce que ce dernier ne savait pas que le *hidjab* était un signe religieux et la justiciable ne s'est pas prévalu explicitement de son droit à l'expression de ses croyances religieuses en public en vertu de la *Free Exercise Clause*. Il s'avère important de prendre note de deux causes qui se sont réglées hors cours et qui sont très pertinentes au sujet qui nous préoccupe. Tout d'abord dans l'affaire *Medina c. County of San Bernardino*, No. 07-1600 (California Dist. Ct.), une femme de religion musulmane qui avait été arrêtée et à qui on a obligé d'enlever son foulard islamique en face d'officier de sexe masculin avant d'entrer dans la salle d'audience a intenté une poursuite contre San Bernardino pour violation de sa liberté religieuse en vertu de la *Free Exercise Clause* a vu sa cause se régler hors tribunaux. Également, dans la cause *Valentine et Al., c. Douglasville*, 14 décembre 2010 en ligne : <http://jurist.org/thursday/2011/12> dans laquelle la demanderesse qui voulait accompagner son neveu dans la salle d'audience s'est fait arrêter et demander d'enlever son *hidjab*. Devant son refus, elle a été condamnée à 10 jours d'emprisonnement pour outrage au tribunal. Elle a par la suite intenté une poursuite judiciaire contre la ville de Douglasville pour violation de son droit à la liberté de religion. L'affaire a été réglée hors-cours et la ville de Douglasville a adopté un règlement qui permet aux femmes portant le *hidjab* de passer la sécurité de la salle d'entrée des tribunaux dans un endroit privé où elle se ferait examiner par des gardiennes.

vestimentaire était tellement inusité, voire même non-religieuse qu'il ne pouvait bénéficier de la protection de la *Free exercise clause*⁶⁰².

La décision *Muhammad c. Paruk*⁶⁰³ est d'une grande importance car elle porte sur le droit d'une justiciable de pouvoir témoigner avec son *niqab* tout comme dans l'affaire *N.S.* que nous avons traité précédemment. Dans cette instance, la Cour de district du Michigan a rejeté une action judiciaire qui avait été intentée par une femme musulmane contre un juge qui lui avait ordonné d'enlever son *niqab* dans la salle d'audience lors de son témoignage durant un procès à la Cour des petites créances de Detroit. La Cour a justifié sa décision en ces termes «Ms. Muhammad's *niqab* prevented the Court from assessing her temperament and demeanour...». Sur la base de ce jugement, nous pouvons dire avec un certain niveau de certitude que les tribunaux américains auraient pris une tangente différente que celle prise par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *N.S. c. R* [précité] dont le raisonnement laisse entrevoir une certaine ouverture pour que les femmes musulmanes arborant le *niqab* puissent pouvoir témoigner avec cette tenue vestimentaire dans une salle d'audience. Toutefois, le second jugement du juge de l'enquête préliminaire rejoint le raisonnement des tribunaux américains et démontre l'importance du droit de l'accusé à une défense pleine et entière par rapport au droit à la liberté de religion du témoin.

À ceci s'ajoute le fait que dès 1965, dans l'affaire *People c. DeMore*⁶⁰⁴ la Cour d'appel de l'État de New York a eu à se pencher sur une cause qui impliquait le droit d'un prêtre portant le col romain de pouvoir s'asseoir à côté d'un témoin pour lui donner du soutien durant son témoignage et elle a décidé que cette pratique était contre le principe de neutralité de l'État américain. Selon les propos de la Cour, ce serait «an improvident exercise of discretion to permit a member of the clergy to sit alongside the complaining

⁶⁰² [Note] la Cour a dit que «one can, of course, imagine an asserted claim so bizarre, so clearly non-religious in motivation, as not to be entitled to protection of the Free Exercise Clause» *States c. Hodges* supra note 601, § 715

⁶⁰³ *Muhammad c. Paruk*, No. 07-11342 (U.S. Dist. Ct. Eastern District of Michigan Southern Division)

⁶⁰⁴ *People c. DeMore* 258 N.Y.S.2d 10 (App. Term. 1965)

witness while the jury was being impaneled»⁶⁰⁵. Pourtant, le prêtre n'a pas dit un mot et s'est simplement contenté de s'asseoir à côté du témoin alors que le tribunal n'était même pas en session. C'est dire la rigidité avec laquelle la neutralité américaine est appliquée par le système judiciaire du pays.

Les tribunaux américains ont poursuivi dans la même lancée dans l'affaire *La Rocca c. Lane*⁶⁰⁶ où un prêtre catholique qui agissait à titre d'avocat de la défense pour un justiciable qui s'était fait dire d'enlever ses vêtements religieux avant de se présenter en cour, a intenté une action contre le juge pour violation de sa liberté de religion. La Cour d'appel de New York a rejeté la demande du prêtre en raisonnant que le fait pour celui-ci de se présenter devant les membres du jury avec ses vêtements religieux pourrait avoir un impact sur l'objectivité de ces derniers et sur leur capacité de rendre un verdict juste et impartial. Toutefois, quatre ans plus tard, dans l'affaire *People c. Rodriguez*⁶⁰⁷, le même prêtre fut autorisé à plaider avec son col romain, la Cour ayant statué qu'il n'était point nécessaire de suivre le précédent juridique de *La Rocca c. Lane* [précité] car un nombre croissant de membres du clergé s'adonnaient de plus en plus à des activités non-religieuses et que leurs appartenances religieuses n'étaient pas une entrave à la neutralité américaine.

Les tribunaux sont par ailleurs arrivés à la même conclusion dans les affaires *Ryslik v. Krass*⁶⁰⁸ et *O'Reilly c. New Times Co.*,⁶⁰⁹ où ils ont décidé que les juges de première instance ont erré en jugeant que des prêtres ne pouvaient pas témoigner avec leurs cols romains, car de plus en plus de membres du clergé étaient appelés devant les tribunaux pour toutes sortes de raisons, et qu'une approche aussi restrictive à l'endroit du col romain n'avait plus sa place dans l'application de la neutralité américaine.

⁶⁰⁵ *Ibid*, § 12

⁶⁰⁶ *La Rocca c. Lane*, [1975] 37 NY2d 575, 579-581, cert denied, 424 U.S. [1976]

⁶⁰⁷ *People c. Rodriguez* [1979] 40 NY 2d 588, 600-609

⁶⁰⁸ *Ryslik c. Krass*, 652 A.2d 767 (N.J. Super. App. Div. 1995)

⁶⁰⁹ *O'Reilly c. New Times Co.*, 692 F.2d 863 (1995)

En somme, nous pouvons affirmer que le manque d'uniformité quant à la position des tribunaux américains face au port des signes religieux dans les salles d'audience des palais de justice démontre aussi les difficultés voire même le malaise qu'éprouve le système judiciaire à s'ajuster à leur présence de plus en plus accru dans l'espace public américain. Examinons maintenant la situation qui prévaut en France et en Suisse quant au port des signes religieux dans les salles d'audience.

3.3 Le port des signes religieux dans les salles d'audience des tribunaux en France et en Suisse

En ce qui a trait à la France et la Suisse, nous n'avons pas pu trouver de décisions judiciaires portant sur cette rubrique. Toutefois, les tribunaux de ces deux États fonctionnent à partir des mêmes principes d'indépendance et d'impartialité qui peuvent amener les magistrats à restreindre la présence des signes religieux dans les salles d'audience. La prochaine partie de ce mémoire va examiner la présence des signes religieux dans le milieu de travail au sein des quatre États.

IV

La jurisprudence du Canada, des États-Unis, de la France et de la Suisse relative au port des signes religieux dans le secteur privé

Introduction

Nos recherches ne nous ont pas permis de trouver de la jurisprudence sur la Suisse car la plupart des causes concernant le sujet qui nous préoccupe sont réglées hors des tribunaux dans cet État. Cependant les tribunaux, de la France, des États-Unis et du Canada se sont penchés sur quelques causes qui impliquaient le port des signes religieux dans le secteur privé qu'il convient d'examiner dans les paragraphes qui suivent.

4.1 Le port des signes religieux dans le secteur privé au Canada

Au Canada, la problématique du port des signes religieux dans le secteur privé a été abordée à quelques occasions par les tribunaux (en particulier les tribunaux des droits de la personne) qui ont mis de l'avant la perspective différentialiste ainsi que l'exigence pour l'employeur d'accommoder l'employé avec la notion de «contrainte excessive» pour limite à cette obligation. De plus, l'examen des décisions qui ont été rendues par les tribunaux canadiens mettent de l'avant le respect de la dignité inhérente de la personne humaine et la justice sociale de Fredman ainsi que les principes relatifs à l'autonomie et à l'indépendance morale des individus de Kymclicka.

Le Tribunal ontarien des droits de la personne a rendu deux décisions dans lesquelles il a rejeté une politique de deux compagnies de taxi qui interdisait à des employés de religion Sikh de porter le *turban* sur les lieux de travail⁶¹⁰. Tout récemment, dans l'affaire *Loomba*

⁶¹⁰ *Khalsa c. Co-op Cabs* (1988), 1 C.H.R.R. D/167 (Ont. Bd. Inq.); *Grewal c. Checker Cabs Ltd* (1988) 9 C.H.R.R. D/4855 (Alta Bd. Inq)

*c. Home Depot Canada*⁶¹¹, le tribunal a donné gain de cause à un employé d'affiliation religieuse Sikhe qui travaillait à titre de gardien de sécurité qui alléguait avoir subi une discrimination sur la base de la religion contre son employeur parce que ce dernier lui avait interdit le port de son *turban* en milieu de travail au lieu d'essayer de l'accommoder. Le Tribunal a jugé que l'employeur avait fait preuve de malice à l'endroit de l'employé dans l'application de sa politique en exigeant le port du casque de sécurité sans avoir essayé d'accommoder ce dernier⁶¹². En outre, le Tribunal a constaté que la direction du magasin n'observait pas de manière uniforme les règles concernant l'équipement de protection et qu'elle avait été plus stricte à l'endroit du demandeur qu'avec d'autres employés en raison des croyances religieuses de celui-ci.

Dans ce même ordre d'idées, dans l'affaire *Saadi c. Audmax*⁶¹³, la plaignante qui est de religion musulmane a été renvoyée de son emploi parce qu'elle ne respectait pas la politique de la compagnie en matière d'habillement qui exigeait la tenue de ville en tout temps dans le milieu de travail. Elle a donc porté plainte pour discrimination sur la base de la religion. Le Tribunal ontarien des droits de la personne lui a donné gain de cause en considérant que la politique en matière de tenue vestimentaire de la compagnie était appliquée de façon arbitraire et constituait de la discrimination indirecte. De plus, le Tribunal en a profité pour statuer que «The Code guarantees not only a woman's right to wear a religious headress in the workplace, but also her right to choose the form of religious headress, subject to bona fide occupational requirement»⁶¹⁴. Ainsi, le tribunal a non seulement appliqué la perspective différentialiste et l'autonomie individuelle qui est propre au libéralisme repensé de Kymlicka mais, il a aussi mis de l'avant la théorie de l'intersectionnalité de Kymberle Krenshaw dans la mesure où il a tenu compte de l'intersectionnalité existant entre la religion et le sexe dans son raisonnement.

⁶¹¹ *Loomba c. Home Depot Canada* (2010) HRTO 134, HR-1634-08

⁶¹² *Ibid*, §19

⁶¹³ *Saadi c. Audmax*, 2009 HRTO 1627 (CANLII)

⁶¹⁴ *Ibid*, § 69

L'examen de ces décisions démontre clairement que les principes relatifs au respect des différences sont au cœur des considérations des tribunaux canadiens lorsqu'ils prennent des décisions relatives au port des signes religieux en milieu de travail. Dans cette optique, un employeur ne peut porter atteinte au droit d'un employé de manifester ses croyances religieuses en milieu de travail sans prévoir des mesures d'accommodement. Nous allons maintenant examiner la situation qui prévaut quant au port des signes religieux dans le secteur privé aux États-Unis.

4.2 Le port des signes religieux dans le secteur privé aux États-Unis

Le port des signes religieux dans le secteur privé aux États-Unis est un sujet qui est devenu d'actualité depuis les attentats du 11 septembre 2001 qui ont eu lieu dans ce pays. De fait, les données émanant du *Equal Employment Opportunity Commission* [EEOC] révèlent qu'en 2006, plus de 2 541 employés ont porté plainte contre leurs employeurs pour discrimination sur la base du port des signes religieux en milieu de travail, le nombre de plaintes le plus élevé jamais vu dans l'histoire du EEOC⁶¹⁵. Pourtant le *Title VII* du *Civil Rights Act* de 1964⁶¹⁶ interdit la discrimination sur la base de la religion dans le secteur de l'emploi y compris au niveau de l'embauche, de la promotion et de la fourniture de bénéfices aux employés.

Dans cette même optique, pendant que les employés allèguent qu'ils ont le droit de porter des signes religieux au travail en vertu de la *Free Exercise Clause*, les employeurs qui s'y opposent affirment que le port des signes religieux nuit à l'environnement de travail, rentre en conflit avec les objectifs de l'entreprise ou viole une autre loi ayant trait à l'emploi qui doit être effectué. Au niveau de la jurisprudence, les tribunaux tiennent compte de la

⁶¹⁵ Baisden, Cheryl, «Wearing Religious Attire at Work : Freedom of Expression or Disruption» (2010) 9, 2, RESPECT, p. 1-4

⁶¹⁶ *Civil Rights Act 1964* supra note 397

conduite de l'employeur ainsi que du type d'emploi qui est en cause dans leurs jugements qui, de manière générale, manque d'uniformité et de cohérence⁶¹⁷.

Moins d'un an après les attentats terroristes du 11 septembre 2001 aux États-Unis, dans l'affaire *EEOC c. American Airlines Inc.*⁶¹⁸, le EEOC a intenté un recours collectif contre American Airlines en raison du fait que la politique de la compagnie en matière de tenue vestimentaire était discriminatoire à l'endroit des femmes musulmanes désirant porter le *hidjab* en milieu de travail. L'affaire fut réglée hors-cour en seulement une semaine. *American Airlines* a changé sa politique en matière de tenue vestimentaire pour tenir compte des accommodements religieux et a versé \$60 000 à la demanderesse principale.

Dans ce même ordre d'idées, le jury de la Cour de district de l'Arizona s'est rangé du côté de la demanderesse dans la décision *EEOC c. Alamo Rent-a-Car LLC*⁶¹⁹, où la demanderesse qui était une femme de religion musulmane et qui portait le foulard au travail avait été renvoyée par son employeur et ce, malgré le fait qu'elle avait accepté la proposition de celui-ci de porter son foulard avec l'effigie de la compagnie. La Cour a trouvé que les agissements de l'employeur étaient tellement discriminatoires qu'elle n'a pas jugé nécessaire d'examiner s'il y avait violation du *Title VII* du *Civil Rights Act* [précité]. Elle s'est contentée de demander au jury de déterminer le montant d'argents en dommages-intérêt auquel la demanderesse avait droit qui était de \$287 000 tout en réitérant l'obligation de l'employeur d'accommoder de bonne foi les employés et de ne pas refuser un accommodement sur la base de perceptions et de suppositions. En effet, la compagnie ne voulait pas permettre à la demanderesse de porter son foulard au comptoir d'accueil pas peur de perdre des clients.

⁶¹⁷ *Ibid*

⁶¹⁸ *EEOC c. American Airlines Inc.* 02C-6172 (N.D. III Aug. 28, 2002)

⁶¹⁹ *EEOC c. Alamo Rent-a-Car LLC*, 432 F.Supp. 2d. 1006 (D. Arizona, 2006)

La Cour fédérale de Tulsa en Arizona est arrivée à une conclusion similaire dans l'affaire *EEOC c. Abercrombie & Fitch Stores Inc.*⁶²⁰, où elle a décidé que l'employeur avait violé la partie VII du *Civil Rights Act* de 1964 et de 1991 [précitée] lorsqu'il a refusé d'embaucher une jeune fille musulmane qui s'était présentée à une entrevue avec son *hidjab*. La Cour a basé sa décision sur le fait que l'employeur a été incapable de prouver les contraintes dont il aurait été victime s'il avait embauché la demanderesse avec ce signe religieux. En outre, elle a ajouté que les spéculations relatives à l'impact du port du *hidjab* sur la clientèle ne sont pas acceptables comme preuve dans un litige.

Dans un autre ordre d'idées, le droit d'exprimer ses croyances religieuses dans le secteur privé par le port de signes religieux n'est pas absolu et il existe quelques arrêts où les tribunaux américains ont limité la portée de ce droit. Ainsi, dans la décision *Singh c. Chevron*⁶²¹, la Cour d'appel du 9^e Circuit des États-Unis a donné gain de cause à un employeur qui avait établi une politique très stricte d'interdiction du port de la barbe en milieu d'emploi en raison de la nature du travail qui exigeait le port d'un masque scellé par les employés qui devaient manipuler des substances toxiques et dangereuses. Le demandeur qui est de religion Sikh a refusé de se conformer à cette politique et a été suspendu par son employeur. Il a donc intenté une action judiciaire pour violation de sa liberté de religion en vertu de la *Free Exercise Clause*. La Cour d'appel a donné raison à l'employeur sur la base de la preuve *prima facie* que le port de la barbe empêche l'employé de se protéger suffisamment des émanations provenant des produits qu'il manipule et constitue donc un risque pour sa sécurité ainsi que pour celle des autres employés de l'organisation. De plus, l'employeur a démontré qu'il a tenté d'accommoder le demandeur en essayant de lui trouver un autre emploi dans son organisation, sans succès.

⁶²⁰ *EEOC c. Abercrombie & Fitch Stores Inc.*, No. 09-CV-602-GKF-FHM. Il convient de noter que la politique du 'good look' classique américain d'Abercrombie a fait l'objet de quelques litiges parce qu'il excluait les personnes afro-américains ainsi que les hispanophones. Voir *Gonzalez c. Abercrombie & Fitch Stores, Inc.*, No. 03-2817 SI (N.D.Cal. 2004)

⁶²¹ *Singh c. Chevron*, 734 F.2d 1382 (U.S. Ct of Appeal 9th Cir.)

L'affaire *EEOC c. Regency Health Associates*⁶²² représente un autre cas où les tribunaux ont limité l'expression des croyances religieuses dans l'espace public dans le secteur de l'emploi. Dans cette instance, une employée qui travaillait comme assistante médicale dans une clinique et voulait porter le voile à essuyer un refus provisoire des employeurs qui ont exigé un peu de temps de manière à ce qu'ils puissent modifier leurs politiques en matière de tenue vestimentaire pour pouvoir l'accommoder. L'employée a démissionné et tout de suite après, a intenté une poursuite judiciaire contre ses employeurs pour violation de son droit à la liberté de religion. Devant la Cour, l'employeur a argué que l'employé ne lui a pas donné suffisamment de temps pour pouvoir considérer une mesure d'accommodement raisonnable appropriée à sa requête avant de démissionner. Le jury a voté en faveur de l'employeur car l'employé aurait dû donner du temps à l'employeur pour examiner sa demande avant d'entreprendre des procédures judiciaires.

En somme, ce sont les faits relatifs à chaque cas et le comportement des parties impliquées qui sont à la base des jugements des tribunaux américains quant au port des signes religieux dans le secteur privé. De plus, les tribunaux accordent une grande importance aux notions d'accommodement et donc de négociation entre les employeurs et les employés dans les raisonnements de leurs jugements. Également, les principes relatifs à la bonne foi sont également examinés par les tribunaux en rapport aux agissements des parties impliquées. Dans la prochaine section de l'analyse nous allons examiner la situation de la France quant à notre problématique.

4.3 Le port des signes religieux dans le secteur privé en France

En France, la question du port des signes religieux dans le secteur privé a fait autant de vagues dans le milieu de l'emploi qu'aux États-Unis alors que les principes de la laïcité

⁶²² *EEOC c. Regency Health Associates*, No. 1:05-CV-2519 (N.D. Ga. 2 août 2007)

demeurent toujours au cœur des litiges. Dans cette optique, il importe de se demander comment est-ce que ces principes s'appliquent dans ce secteur?

Il n'existe pas beaucoup de causes portant sur le port des signes religieux dans le secteur privé qui se sont rendues devant les tribunaux en France, cependant, les quelques décisions que nous avons trouvées, nous permettent de dire que tout comme aux États-Unis, les tribunaux français ont recours au cas par cas pour rendre leurs jugements. De plus, contrairement aux États-Unis et au Canada, l'analyse ne porte pas sur la notion d'accommodement mais bien sur le concept de discrimination. Ainsi, dans l'affaire *Dalila Tahri*⁶²³, la Cour d'appel de Paris a eu à examiner une cause où une femme de religion musulmane avait été renvoyée d'une entreprise qui lui demandait de porter son foulard de manière plus discrète. L'employeur alléguait l'importance de maintenir un milieu de travail neutre face à la gêne que pourrait causer le port du foulard sur ses clients potentiels. La Cour d'appel a rejeté les allégations de l'employeur en statuant que la décision de renvoyer l'employée ne se justifiait nullement sur des éléments objectifs mais bien sur des suppositions. De plus, la Cour a noté qu'aucun incident ne s'était produit avec la clientèle quant au port du foulard. En outre, la Cour a précisé que les agissements de la société étaient discriminatoires dans la mesure où ils semblent rejeter le caractère religieux du voile et non le port du foulard en tant que tel. À la lumière du raisonnement relatif à ce jugement, il est aisé de voir que tout comme les tribunaux américains, les instances judiciaires françaises n'acceptent pas les suppositions de l'employeur comme motifs pour restreindre le droit à l'expression des croyances religieuses de l'employé en public.

Dans ce même ordre d'idées, la Cour d'appel de Paris a trouvé qu'un centre de formation privé francilien qui relève de l'AFUNA⁶²⁴ a agi de façon discriminatoire à l'endroit d'une étudiante pour l'avoir suspendu en raison du fait qu'elle portait le voile. En effet, après avoir perdu devant le tribunal de première instance correctionnel de Créteil, la jeune

⁶²³ Cour d'appel de Paris, *Affaire Delila Tahri*, 19 juin 2003

⁶²⁴ Cour d'appel de Paris, *Affaire du Centre de formation des apprentis francilien*, 14 août 2010

femme, soutenue par la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité [Halde], a porté l'affaire devant la Cour d'appel de Paris qui a renversé le jugement pour le motif que le Centre de formation n'a pas démontré de façon convaincante, que par son comportement, la jeune femme portait son voile de manière ostentatoire et dans un but de prosélytisme. La cour d'appel a donc condamné l'Association pour la formation en alternance (AFUNA) qui gère le Centre de formation des apprentis à une amende de 3 775 euros. La directrice du Centre de formation écope d'une amende de 1 250 euros. L'AFUNA et la directrice doivent en outre verser solidairement 10 500 euros de dommages et intérêts à la demanderesse.

Toutefois, dans une décision datant du 9 novembre 2011⁶²⁵ la Cour d'appel de Paris a donné gain de cause à un employeur qui avait licencié une employée musulmane en raison du port du foulard islamique en milieu de travail et ce, bien que cette dernière ait invoqué l'article 9 de la Convention européenne et le *Code du travail* [précité] qui interdisaient la discrimination dans le milieu de l'emploi sur la base de la religion. La Cour a jugé que le congédiement de l'employé ne reposait pas sur ses convictions religieuses mais sur le fait qu'elle portait un 'accessoire vestimentaire ostentatoire' alors que les règlements de l'entreprise interdisaient aux employés le port de tout signe qui permettrait de les identifier comme appartenant à un groupe ethnique, religieux ou autre particulier. Ainsi, la Cour a fait peu de cas du caractère religieux du foulard et n'a même pas examiné le caractère légal du règlement de l'entreprise qui interdit le port des signes religieux au sein de l'établissement pour rejeter la cause de la demanderesse.

Dans ce même ordre d'idées, le jugement *Baby Loup*⁶²⁶ rendu récemment par la Cour de cassation vaut la peine que l'on s'y attarde parce qu'il aborde sur une tangente différente le jugement du 9 décembre de la Cour d'appel de Paris [précité] en matière d'application des

⁶²⁵ Cour d'appel de Paris, 9 Novembre 2011, en ligne : http://www.lepoint.fr/chroniqueurs-du-point/laurence-neuer/le-foulard-dans-l-entreprise-un-casse-tete-juridico-religieux-15-12-2011-1409111_56.php

⁶²⁶ Cour d'appel de Versailles, *Affaire Baby Loup*, 27 octobre 2011

principes de la laïcité dans les entreprises privées. Cette affaire concernait une employée de religion musulmane qui s'était vu relevée de ses fonctions dans une garderie privée parce qu'elle refusait d'enlever son foulard. Elle a donc intenté une poursuite judiciaire pour discrimination en raison de ses croyances religieuses. Après avoir été déboutée tout d'abord par le Conseil de Prud'hommes qui avait jugé que son refus d'enlever le foulard constituait une faute grave. Ensuite par la Cour d'appel de Versailles qui a estimé que les enfants n'avaient pas à être confrontés aux manifestations ostentatoires d'appartenance religieuse de celle-ci. Elle a obtenu une audience devant la Chambre sociale de la Cour de cassation⁶²⁷ qui lui a donné gain de cause en affirmant que son renvoi constituait de la discrimination sur la base de ses croyances religieuses parce que la crèche était une entreprise privée qui ne relevait pas de l'État. Dans cette optique, la Cour de cassation en a profité pour restreindre la portée du principe de la laïcité en affirmant que ce principe ne pouvait être invoqué pour priver les salariés des employeurs de droit privé qui ne gèrent pas un service public des protections que leur assurent le *Code du travail*. L'affaire a donc été renvoyée à la Cour d'appel de Paris. À notre avis, ce jugement fait en sorte que le principe de la laïcité s'applique aux fonctionnaires travaillant dans la fonction publique de l'État français et qui occupent une charge publique non à ceux travaillant dans les entreprises privées.

En somme, l'examen de ces arrêts nous permettent de dire que tout comme les États-Unis, les tribunaux français examinent les causes relatives au port des signes religieux dans le secteur privé au cas par cas avec une attention particulière aux comportements des parties. Cet état de fait leur permet d'adopter autant l'approche universaliste que la perspective différentialiste dépendant des faits relatifs aux instances. Toutefois, cette approche fait en sorte que la jurisprudence manque d'uniformité et de prévisibilité. Dans la prochaine section de l'analyse, nous allons examiner le port des signes religieux au sein de la police et de l'armée dans les quatre États à l'étude.

⁶²⁷ Cour de cassation, *Affaire Baby Loup*, Arrêt no. 536, 19 mars 2013

V

La jurisprudence du Canada, des États-Unis, de la France et de la Suisse relative au port des signes religieux dans la police et l'armée

Introduction

La question du port des signes religieux dans l'armée et la police ne semblent pas faire l'objet de litiges en France et en Suisse car nos recherches ne nous ont pas permis de trouver de jurisprudence quant à cette question. Par contre, au Canada et aux États-Unis, les tribunaux se sont penchés sur cette question à quelques reprises. Dans les lignes qui vont suivre nous allons examiner la position des tribunaux du Canada et des États-Unis quant à la question du port des signes religieux dans l'armée et la police.

5.1 Le port des signes religieux dans l'armée et la police au Canada

Au Canada, nos recherches ne nous ont pas permis de trouver des décisions judiciaires sur le port des signes religieux au sein de l'armée. Toutefois, la Cour fédérale du Canada a rendu l'arrêt *Grant c. Canada*⁶²⁸ dans lequel elle a statué que le principe de neutralité de l'État canadien n'est pas incompatible avec le port des signes religieux au sein des forces policières. Dans cette affaire, les demandeurs avaient intenté une action judiciaire contre la Gendarmerie Royale du Canada [ci-après la GRC] après que cette dernière, qui cherchait à augmenter la présence des minorités visibles et religieuses au sein de ses rangs, eut modifié le *Règlement de la GRC* (C.R.C (1985), ch. P-33, art.33) de manière à permettre à un officier de religion Sikh de porter son *turban* dans l'exercice de ses fonctions. La Cour fédérale devait donc déterminer si la mesure adoptée par la GRC était incompatible avec les droits protégés au sein de la Charte canadienne.

⁶²⁸ *Grant c. Canada (Procureur général)* (1995) Cour fédérale T-499-91

La Cour fédérale a jugé qu'un règlement ayant un but religieux ne contrevient pas nécessairement à l'article 2a) de la Charte. De plus, les rapports entre un policier dont l'uniforme comporte un symbole religieux et un membre de la population ne sont pas nécessairement de nature religieuse, car il n'existe aucune contrainte forçant ce dernier à partager les croyances religieuses du policier. À ceci s'ajoute le fait que bien que la Cour ait reconnu qu'il existe une convention de neutralité à l'égard des policiers qui exige qu'ils soient neutres et impartiaux et que leurs vêtements ne manifestent aucune appartenance religieuse, elle a ajouté que cette convention n'est pas une garantie constitutionnelle. Elle doit donc être appliquée avec souplesse et évoluée avec les nouvelles réalités sociales. La Cour a conclu en statuant que rien ne prouve que la liberté ou la sécurité d'un justiciable ait été violée en raison du port du *turban* par le défendeur. En conséquence, la mesure est valide et ne porte pas atteinte aux principes de neutralité de l'État canadien. Qu'en est-il de la position des tribunaux américains par rapport à cette question?

5.2 Le port des signes religieux dans l'armée et la police aux États-Unis

Aux États-Unis, tout comme dans les trois autres États qui sont à l'étude, l'armée et la police jouissent d'un statut spécial au sein de la société. Un statut de 'communauté séparée' (*separate community*) qui leur a été octroyé par la Cour suprême des États-Unis⁶²⁹. Dans cette optique, la plus haute instance judiciaire des États-Unis a créé la «Doctrine de nécessité militaire» (*The Doctrine of Military Necessity*) qui requiert des tribunaux de faire preuve de retenue (*judiciary restraint*) dans le contrôle judiciaire des actions militaires. Ainsi, selon cette doctrine, les tribunaux civils ne doivent pas s'immiscer dans les affaires des tribunaux militaires, car ces derniers possèdent une grande expertise en ce qui a trait à l'application du code de discipline de l'armée⁶³⁰. Par conséquent, les tribunaux militaires

⁶²⁹ [Note] dans l'arrêt *Orloff c. Willoughby*, 345 U.S. 83, 94 (1953) la Cour suprême des États-Unis a statué que l'armée constituait 'a specialized community distincts from civilian life and governed by separate discipline'. Le plus haut tribunal du pays a fait le même commentaire dans *Parker c. Levy*, 417 U.S. 733, 744-749 (1974)

⁶³⁰ *Parker c. Levy*, supra note 629, 749

ont pu rendre des jugements divers à travers les années sans ou avec peu d'examen judiciaire. Dans les paragraphes qui vont suivre nous allons voir comment les tribunaux américains ont appliqué cette doctrine dans le contexte des litiges relatifs au port des signes religieux dans le contexte militaire et au sein de la police.

La recherche révèle que la problématique du port des signes religieux dans les armées de terre et de l'air aux États-Unis remonte aux années 1980 et la position des tribunaux américains semble être assez rigide sur cette question. En effet, dans l'arrêt *Sherwood c. Brown JDB*⁶³¹, un officier de religion Sikh de la *United States Navy* a été démis de son emploi conformément à la *Navy Uniform Regulation* parce qu'il refusait d'enlever son *turban* lorsqu'il était en fonction. Ce dernier a porté sa cause en appel en arguant la violation de sa liberté de religion en vertu de la *Free Exercise Clause*. Après que la Cour martiale ait validé le congédiement pour refus d'obéir aux règlements internes de l'armée, la Cour d'appel a rejeté l'appel du demandeur parce que l'absence d'un casque pouvait poser des risques sérieux en matière de sécurité non seulement pour le demandeur mais également pour les autres membres de la *United States Navy*⁶³².

En 1985, dans l'affaire *Khalsa c. Weinberger*⁶³³ un tribunal de première instance devait se pencher sur une cause au sein de laquelle un justiciable de religion Sikh a vu sa demande d'admission rejetée par l'armée parce qu'il refusait de respecter les règlements militaires en rapport à la tenue vestimentaire et à l'apparence militaire. Après que sa cause eut été rejetée par la Cour de première instance en raison de la doctrine de nécessité militaire, il a porté le jugement en appel pour voir la Cour d'appel du 9^e circuit de New York arrivée à la

⁶³¹ *Sherwood c. Brown JDB* [1980] USCA9 549; 619 F.2d 47 (1980)

⁶³² *Ibid.* La Cour a statué que '*Whether aboard a ship or an aircraft extreme conditions of confinement make safety the touchstone of readiness and efficiency [...] Dangerous operating conditions cannot be tolerated. The accomplishment of an entire naval mission may be impaired by the failure of a single individual to perform his assigned task*'. En d'autres mots, l'armée est une institution spéciale dont la nature des activités fait en sorte que l'uniformité au niveau de la tenue vestimentaire est une exigence obligatoire qui ne peut faire place aux accommodements religieux.

⁶³³ *Khalsa c. Weinberger*, [1985] USCA9 705; 759 F.2d 1411 (1985)

même conclusion, avec le raisonnement disant que l'appelant ne peut rejoindre les rangs de l'armée s'il ne peut respecter les règlements relatifs à la tenue vestimentaire et à l'apparence militaire au départ. La Cour a fait très peu de cas des préceptes liés aux accommodements, à la dignité humaine et au respect des minorités religieuses. Elle a donné préséance aux règlements militaires relatifs à l'ordre et à l'uniformité qui sont si importants pour l'armée.

La Cour d'appel de New York a toutefois adopté une approche plus prudente dans la décision *Goldman c. Secretary of Defense*⁶³⁴ en ordonnant la tenue d'un nouveau procès dans cette affaire qui concernait un adhérent à la religion juive qui voulait porter son *kippa* lorsqu'il était en fonction au sein de l'armée. La Cour a justifié sa décision sur le fait qu'alors que l'armée prêche l'uniformité et l'esprit de corps parmi ces membres, les faits révèlent qu'elle a déjà été très tolérante quant au port des signes religieux par le passé. En l'occurrence, il ne semble pas y avoir un intérêt important (Compelling Interest) de la part de l'armée à vouloir maintenir l'interdiction du port de signes religieux par ces membres dans ce contexte. Cette décision est venue pour la première fois imposer une limite à la notion de nécessité militaire qui, au départ semblait être un principe juridique absolu. Nous pouvons attribuer cette limite au manque de cohérence de l'armée quant à la façon dont elle traite l'expression des croyances religieuses dans l'espace public par ces membres.

La *Court of Appeal for the District of Columbia* avait également imposé une limite à la doctrine de nécessité militaire dans l'arrêt *Anderson c. Laird*⁶³⁵ où trois académies militaires exigeaient de leurs étudiants qu'ils participent à des cérémonies religieuses à chaque semaine. La Cour a jugé que cette pratique qui viole explicitement la *Free Exercise Clause* ne pouvait se justifier en vertu de la doctrine de nécessité militaire parce qu'elle constitue

⁶³⁴ *Goldman c. Secretary of Defense*, [1984] USCADC 313; 734 F.2d 1531; 36 Fair Employment Practice Case 1566; Employment Practice Decision, P 34,377, 236 U.S. App. D.C. 248 (1984).

⁶³⁵ *Anderson c. Laird*, 466 F.2d 283 (D.C. Cir. 1972)

une atteinte sérieuse au droit de l'individu de choisir ou de ne pas choisir une religion⁶³⁶. En d'autres termes, les principes relatifs à la liberté de choix et à l'autonomie individuelle qui se rattachent au cadre théorique de Kymlicka ont été violés en l'espèce.

Dans l'arrêt *Kalinsky c. Secretary of Defense*⁶³⁷, toutefois, la même Cour d'appel a élargi le principe de nécessité militaire au sein de l'armée quant à notre problématique. Dans cette cause, un rabbin de religion juive orthodoxe demandait une révision judiciaire de la décision de la *U.S. Air Force* qui l'avait démis de ses fonctions et assigné au statut de réserviste parce qu'il avait refusé d'enlever sa barbe en contravention au règlement interne de l'armée de l'air. Le demandeur alléguait que l'application du règlement vestimentaire de la *US Air Force* violait la *Free Exercise Clause*. La Cour a maintenu la politique interne de la *U.S. Air Force* pour la simple raison que ladite politique visait un intérêt militaire légitime qui se réfère à la discipline, l'ordre, l'esprit de corps et la promotion d'une image neutre et uniforme⁶³⁸. En l'occurrence, il n'y avait pas de place pour l'accommodement religieux dans un tel contexte. C'est donc l'application quasi-systématique du principe de nécessité militaire qui s'applique au niveau du port des signes religieux dans l'armée.

En ce qui a trait au port des signes religieux dans les forces policières, nos recherches nous ont permis d'identifier trois décisions qui illustrent l'approche rigide adoptée par les tribunaux américains par rapport à la Cour fédérale du Canada. Ainsi, dans la décision *Marshall c. District of Columbia*⁶³⁹, un officier de police qui refusait de se couper la barbe et les cheveux pour des raisons religieuses a intenté une poursuite pour violation de sa liberté religieuse en vertu de la *Free Exercise Clause* parce qu'il avait été démis de ses

⁶³⁶ *Ibid* § 298. La Cour a aussi statué que la doctrine de nécessité militaire n'est pas supérieure au *Compelling State Interest* qui s'applique dans des situations de violation grave de la liberté de religion des justiciables.

⁶³⁷ *Kalinsky c. Secretary of Defense*, NO. 78-17 (D.D.C. June 25, 1979)

⁶³⁸ *Geller c. Secretary of Defense* 423 F. Supp. 16 (D.D.C. 1976). La US District Court for the District of Columbia a complètement ignoré la doctrine de nécessité militaire pour reconnaître le droit d'un rabbin de porter la barbe en raison de son dossier de service militaire impressionnant ainsi que de son statut de rabbin au sein des forces militaires. Cependant, cette décision est une exception plutôt que la règle.

⁶³⁹ *Marshall c. District of Columbia*, 392, F. Supp. (1997)1012, 1017

fonctions par la police. La *Court of Appeal for the District of Columbia* a invoqué l'esprit de corps et la crédibilité des forces policières aux yeux du public comme raisons justifiant son rejet de la cause du demandeur. Selon la Cour, la police en tant qu'une institution dont le but principal est de faire respecter l'ordre risquerait de perdre sa crédibilité aux yeux du public si les officiers devaient se promener dans la population avec des signes religieux ostentatoires.

La Cour a rendu un jugement similaire dans *Cupit v. Baton Rouge Police Department*⁶⁴⁰ avec un raisonnement différent toutefois. Dans cette affaire, les demandeurs avaient intenté une action contre les forces policières de la ville de Baton Rouge en vertu de la *Free Exercise Clause* dont les règlements internes leur interdisaient le port de la barbe dans l'exercice de leurs fonctions. La Cour d'appel de la Louisiane a rejeté leur demande avec le raisonnement suivant :

*[...]prohibition against wearing beards by police officers bore a rational relationship to the efficient operation of police department, and dismissal of officers who would not comply with the regulation because wearing beards was required by Assembly of Yahweh their religious faith did not result in deprivation of constitutional right to free exercise of religion*⁶⁴¹

En d'autres mots, c'est la logique liée à l'efficacité des services de police qui justifie le règlement interne et donc, la liberté de religion du justiciable ne peut prévaloir dans un tel contexte. Pourtant, nous avons de la difficulté à voir comment le port de la barbe peut nuire à l'efficacité opérationnelle des forces policières.

⁶⁴⁰ *Cupit v. Baton Rouge Police Department*, 277 So. 2d 454 (1973)

⁶⁴¹ *Ibid.* Dans *Webb c. City of Philadelphia* 2007 U.S. Dist. LEXIS 46872 (E.D.Pa. 2007), *aff'd*, 562 F.3d 256 (3d Cir. 2009) la Cour du 3^e Circuit de Philadelphie a suivi un raisonnement similaire en rejetant la requête d'une policière musulmane qui avait intenté une poursuite contre les forces de l'ordre de la ville de Philadelphie qui lui interdisaient le port du *Khimar* lorsqu'elle est en fonction. Le raisonnement de la Cour se résume ainsi «uniform requirement are crucial to the safety, public recognition, morale, esprit de corps and public confidence in the police [...] any religious accommodation to the department's uniformity interests would impose more than the negligible or 'de minimis cost' of an undue burden». Toutefois, nous voyons mal comment l'autorisation du port du *khimar* constitue une contrainte excessive dans le contexte des forces policières. À notre avis, autoriser le *khimar* constituerait une occasion pour la police de montrer à la société américaine qu'elle embrasse la diversité religieuse qui caractérise cet État et qu'elle veut faciliter l'intégration des femmes musulmanes désirant porter le voile au sein de ses rangs.

Enfin, tout en n'étant pas tout-à-fait concluant, l'examen de ces décisions nous permet de dire que les tribunaux américains manifestent une grande réticence à autoriser le port des signes religieux au sein de l'armée et de la police, particulièrement lorsque lesdits signes sont en conflit avec la doctrine de nécessité militaire en ce qui a trait à l'armée, et à l'uniformité et l'esprit de corps en ce qui concerne les forces policières. Par ailleurs, les tribunaux ont souvent hésité à appliquer le *Strict Scrutiny Test* aux litiges émanant de l'armée en raison de la nature des activités de cette institution, mais également, au fait qu'ils perçoivent les tribunaux militaires comme étant les experts dans l'interprétation du droit militaire. Que peut-on dire par rapport au port des signes religieux dans l'armée et la police en France.

5.3 Le port des signes religieux dans l'armée et la police en France

Si en France, nous n'avons pas pu trouver de jurisprudence sur la question du port des signes religieux au sein de l'armée et de la police, la réponse réside dans le fait que cette question a été résolue par voie législative. En effet, la *Loi no. 72-662 du 13 juillet 1972*, qui pose le statut général des militaires règle la problématique du port des signes religieux dans l'armée française⁶⁴². En effet, l'article 7 de cette loi donne le droit aux membres de l'armée d'exprimer leurs croyances religieuses lorsqu'ils sont hors de service et avec le niveau de discrétion approprié à leurs rangs. Donc, en service, ils doivent s'abstenir de manifester ouvertement leurs croyances religieuses par le port de signes religieux visibles en public. Toutefois, cette disposition ne s'oppose pas à la libre pratique des religions dans les casernes militaires ou à bord de vaisseaux. Par ailleurs, le *Décret no. 75-675 du 28 juillet 1975 portant règlement de la discipline générale dans les armées*⁶⁴³ exige le respect strict du principe de neutralité par les membres des forces armées et interdit leur

⁶⁴² *Loi no. 72-662 du 13 juillet 1972* en ligne : <http://fgfctcmipy.free.fr/droit/lois/72-662.htm>

⁶⁴³ *Décret no. 75-675 du 28 juillet 1975 portant règlement de la discipline générale dans les armées*, en ligne : http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=D11E5009173EF09FE51041E979957406.tpdjo17v_1?cidTexte=JORFTEXT000000875753&dateTexte=20060718

participation dans des démonstrations religieuses, politiques ou de faire de la propagande en public.

Ces dispositions sous-entendent une application très rigide quant au port des signes religieux dans l'armée axée sur la laïcité de l'État. Une approche qui ressemble beaucoup au système juridique américain qui exige l'uniformité, l'esprit de corps, le travail d'équipe et la discipline au sein de l'armée et de la police qui sont tous des concepts qui s'opposent au respect et à la promotion de la différence et donc à la perspective différentialiste et au respect des droits des minorités religieuses.

Dans les paragraphes qui vont suivre, nous allons regarder un autre secteur au sein duquel la jurisprudence semble adopter une approche restrictive par rapport au port des signes religieux en public, ce sont les centres de détention des quatre États.

VI

La jurisprudence du Canada, des États-Unis, de la France et de la Suisse relative au port des signes religieux dans les centres de détention

Introduction

Au Canada, alors que les gardiennes de prison ont le droit de porter le hidjab dans les pénitenciers⁶⁴⁴, nos recherches ne nous ont pas permis de trouver des jugements sur les droits des prisonniers d'arborer des signes religieux en milieu carcéral. Également, nos recherches sur la Suisse et la France se sont avérées infructueuses. Cependant, les tribunaux américains ont souvent eu à se pencher sur cette problématique. Dans les paragraphes qui vont suivre nous allons examiner leurs approches quant au port des signes religieux dans les services correctionnels aux États-Unis.

6.1 Le port des signes religieux dans les centres de détention aux États-Unis

La jurisprudence américaine a reconnu en maintes occasions que le fait qu'une personne soit emprisonnée ne signifie pas qu'elle ait perdu tous ces droits constitutionnels⁶⁴⁵, en particulier son droit à la liberté de religion. Toutefois, ce droit peut être raisonnablement restreint dans le but de maintenir l'ordre et la discipline au sein du pénitencier⁶⁴⁶. L'examen de la jurisprudence permet d'avancer que l'approche employée par les tribunaux américain n'est pas uniforme et ne permet pas de dire avec précision les limites relatives à la liberté de religion des justiciables en détention. Cependant, les préoccupations liées au

⁶⁴⁴ [Note] Alors qu'au Canada il n'existe pas de décision sur le port des signes religieux au sein des pénitenciers, le Service correctionnel du Canada a une obligation juridique d'assurer le respect des croyances religieuses des délinquants en vertu de l'article 2 a) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [précitée]; de l'article 3(1) de *Loi canadienne sur les droits de la personne* L.R.C. (1985) ch. H-6 qui interdit la discrimination sur la base de la religion et de l'article 75 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20. Les gardiennes de prison ont le droit de porter un *hidjab* qui se fixe par un velcro qui peut leur être fourni par l'employeur sous demande.

⁶⁴⁵ *Bell c. Wolfish*, [1979] USSC 82; 441 U.S. 520, 545 [1979] USSC 82; 99 S.Ct. 1861, 1877, 60 L.Ed. 2d 447 (1979)

⁶⁴⁶ *United States Ex Rel. Jones c. Rundle*, [1971] USCA3 597; 453 F. 2d 147, 149 (3d Cir. 1971)

maintien de l'ordre et de la discipline dans le but d'assurer la sécurité des délinquants dans le pénitencier sont d'une grande importance dans les décisions rendues par les tribunaux américains sur cette question. De fait, les cours de justice américaines ont rejeté plusieurs requêtes des prisonniers quant au port des signes religieux dans les prisons pour des raisons liées au maintien de l'ordre et de la sécurité⁶⁴⁷, mais aussi au manque de sincérité des croyances religieuses du détenu⁶⁴⁸.

Toutefois, dans la décision *Bint-Ishmawiy c. Vaughn*⁶⁴⁹, la Cour d'appel de Pennsylvanie a donné gain de cause à une mère qui s'est vu refuser le droit de voir son fils qui était emprisonné dans le pénitencier de l'État de Pennsylvanie parce qu'elle ne voulait pas enlever son foulard dans les enceintes de la prison. Le juge a statué qu'exiger que la demanderesse enlève son foulard comme condition pour voir son fils constituait une violation substantielle de son droit à l'expression de ses croyances religieuses car, elle devait choisir entre respecter ses croyances religieuses ou voir son fils. Ce qui de l'avis de la Cour constituait une violation sérieuse du droit de la demanderesse à sa liberté religieuse.

À la lumière de ces jugements, il nous est aisé de voir que c'est la perspective universaliste qui est primé en ce qui a trait au port des signes religieux en milieu carcéral en raison du désir de maintenir l'uniformité et l'ordre dans cet environnement. Cependant, la réalité est tout autre pour les membres des familles des détenus qui les rendent visite parce que justement ils ne sont pas détenus et ne font pas partie du milieu carcéral. Dans la prochaine

⁶⁴⁷ *St Claire 'X' 80-1077 c. Cuyler* [1980] USCA3 775; 634 F. 2d 109. Dans *St Claire 'X' 80-1077* les allégations de discrimination sur la base de la religion du détenu ont été rejetées parce qu'il n'avait présenté aucune preuve démontrant que les prisonniers de religion musulmane étaient traités de manière défavorable par rapport aux autres détenus. De plus, les restrictions qui avaient été imposées visaient à préserver l'uniformité, l'ordre et la cohésion dans la prison. La Cour d'appel des États-Unis est arrivée à la même conclusion et pour les mêmes raisons dans *Dreilbelbis c. J Marks*, [1984] USCA3 616; 742 F. 2d 792 (1984).

⁶⁴⁸ *Raboy c. Crist*, [1991] USCA9 1756; 951 F. 2d 361 (1991). Dans cet arrêt la Cour d'appel des États-Unis a rejeté la requête d'un détenu quant à son droit de porter un *turban* dans les enceintes de la prison pour le motif que ses croyances religieuses passées n'étaient pas sincères. Cet arrêt illustre le fait que contrairement au Canada où les tribunaux doivent examiner la sincérité des croyances religieuses du justiciable au moment présent, aux États-Unis, les tribunaux peuvent se pencher sur le passé religieux du justiciable pour en déterminer la sincérité.

⁶⁴⁹ *Bint-Ishmawiy c. Vaughn*, 1995 WL 461949 (E.D. Pa. 1995)

partie de l'analyse, nous allons examiner certaines dispositions législatives de la France quant à la question du port des signes religieux dans le milieu carcéral.

6.2 Le port des signes religieux dans les centres de détention en France

En France, les articles D432 à D439 du *Code de procédure pénale*⁶⁵⁰ abordent la question de la vie religieuse dans le milieu carcéral et nous paraissent particulièrement pertinents en l'espèce. L'article D432 est particulièrement digne de mention parce qu'il donne le droit à tout prisonnier de satisfaire aux conditions de sa vie religieuse, morale ou spirituelle pendant qu'il est en prison⁶⁵¹. Par ailleurs, depuis 1975, l'article D358 du *Code de procédure pénale* [précité] donne aux prisonniers le droit de porter la barbe et d'avoir des cheveux longs, sauf l'avis contraire d'un médecin⁶⁵². En l'occurrence, l'État français reconnaît une certaine forme d'accommodement religieux aux prisonniers.

En somme, nous pouvons dire que pendant que ces jugements mettent en lumière une certaine cohérence au niveau de la logique des tribunaux américains, ils font également ressortir leur approche restrictive quant à la portée du Premier amendement dans le milieu carcéral. De plus, outre le poids considérable qui est accordé aux prétentions des autorités du milieu carcéral, il ne nous a pas été possible de saisir avec certitude les critères juridiques sur lesquels les jugements étaient fondés. En France, les dispositions du *Code de procédure pénale* laissent sous-entendre une certaine forme d'accommodement quant à l'expression des croyances religieuses par les délinquants. Cependant, ces considérations

⁶⁵⁰ *Code de procédure pénale*, France, 1^e janvier 2012, Légifrance, en ligne : http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=13293177FE96C5DA1FD37718B36574C9.tpdjo08v_3?cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20120101

⁶⁵¹ Le contenu de l'article D432 se lit comme suit : *Chaque détenu doit satisfaire aux exigences de sa vie religieuse, morale ou spirituelle. Il peut à ce titre participer aux offices ou réunions organisés par les personnes agréées à cet effet.*

⁶⁵² *Code de procédure pénale*, 23 mai 1975, en ligne : <http://www.criminocorpus.cnrs.fr/article230.html> . Le Décret du 23 janvier 1983 permet également aux prisonniers le droit de porter leurs propres vêtements dans la mesure où lesdits vêtements respectent la santé, la sécurité et le bon fonctionnement du milieu carcéral dans son ensemble.

ne nous permettent pas de dire avec certitude quelle approche prendrait les tribunaux français s'ils devaient trancher sur la question du port des signes religieux par les prisonniers et les geôliers en milieu carcéral. Toutefois, le concept de laïcité est tellement fort dans le système juridique de cet État qu'on pourrait supposer à juste titre que l'approche de la France serait aussi rigide sinon plus que celle adoptée par les tribunaux américains. Ainsi, nous pouvons dire que les préceptes relatifs au respect de la dignité inhérente à la personne, de Fredman ainsi que la liberté de choix, l'indépendance morale et l'autonomie individuelle de Kymlicka ont peu de place au niveau du droit des prisonniers de porter des signes religieux dans le milieu carcéral. La prochaine section de cette recherche examinera le port des signes religieux en rapport au système de délivrance du permis de conduire au sein des États à l'étude.

VII

La jurisprudence du Canada, des États-Unis, de la France et de la Suisse relative au port des signes religieux en rapport au système de délivrance du permis de conduire.

Introduction

Le système de délivrance du permis de conduire est fondamental au sein des pays industrialisés tels que le Canada, la France, les États-Unis et la Suisse, où les moyens de transport servent non seulement à déplacer les individus et les familles mais jouent un grand rôle au niveau de l'économie de ces pays. Dans les paragraphes qui suivent nous allons examiner la position des tribunaux des États-Unis, du Canada et de la France quant au port des signes religieux durant le processus d'identification et/ou de prise de photo qui est essentiel au système de délivrance du permis de conduire. Les tribunaux suisse ne se sont pas prononcés sur cette question selon nos recherches.

7.1 Le port des signes religieux et le système de délivrance du permis de conduire aux États-Unis

Aux États-Unis, les tribunaux se sont rangés dans la perspective différentialiste en ce qui a trait au port du foulard durant la prise de photo pour l'obtention du permis de conduire. Dans la décision *Freeman c. State*⁶⁵³, la demanderesse s'est retrouvée dans une situation conflictuelle avec les autorités de l'État de la Floride qui ont révoqué son permis de conduire parce qu'elle refusait de se faire photographier sans son *niqab*. Elle a alors intenté une action en justice pour violation de sa liberté de religion en vertu du *Florida Religious Freedom Restoration Act*⁶⁵⁴ qui exige que l'État n'impose pas de contrainte excessive à la liberté de religion des individus, même si la restriction provient d'une loi d'application générale.

⁶⁵³ *Freeman c. State*, 2003 WL 21336819 (Fla. Cir. Ct. June 06 2003) (No. 2002-CA-2828) Affirmed by *Freeman c. Department of Highway Safety and Motor Vehicles*, 924 So. 2d 48, 31 Fla. L. Weekly D537 (Fla.App. 5 Dist. Feb. 13, 2006) (No. 5D03-2296), rehearing denied (Mar. 29, 2006)

⁶⁵⁴ *Florida Religious Freedom Restoration Act of 1998* en ligne: <http://www.religious-freedom.org/rflawfl.html>

Appliquant le *Compelling Interest Test*, la Cour d'appel de la Floride a jugé que la mesure étatique n'était pas la moins contraignante possible parce qu'elle impose à la demanderesse l'obligation de choisir entre les préceptes de sa religion et l'obtention d'un permis de conduire, une décision qui est selon la Cour inacceptable. Par ailleurs, la Cour n'a même pas considéré les facteurs liés au maintien de l'intégrité du système de délivrance de permis de conduire ni au danger lié aux fraudes d'identité pour rendre un tel jugement⁶⁵⁵. Examinons maintenant comment les tribunaux français traitent-ils de cette problématique?

7.2 Le port des signes religieux et le système de délivrance du permis de conduire en France

Contrairement aux tribunaux américains, le Conseil d'État français s'est résolument rangé dans la perspective universaliste dans une cause qui concernait le port du turban dans la photo du permis de conduire⁶⁵⁶. En effet, dans cette affaire, un camionneur de religion Sikh qui voulait renouveler sa photo de permis de conduire avec son *turban* a reçu un refus de l'État français qui exige que le dossier de délivrance du permis de conduire de tout conducteur doit être accompagné de photos représentant le demandeur tête nue. Celui-ci a alors intenté une poursuite pour violation de sa liberté de religion en vertu des articles 9 et 14 de la Convention européenne [précitée]. Également, la *United Sikh Association* qui avait intervenu dans la cause a allégué que cette violation est d'autant plus grave que par le passé, la prise de photo avec le turban était permise par l'État français. Le Conseil d'État a donné gain de cause à l'État pour le motif que son action n'était pas contraire aux articles 9 et 14 de la Convention européenne [précitée], dans la mesure où les dispositions contestées ne visent qu'à limiter les risques de fraude ou de falsification des permis de conduire. Dans cette optique, la mesure étatique était nécessaire parce qu'elle permet une identification aussi certaine que possible du demandeur. En outre, le Conseil a décidé que la mesure

⁶⁵⁵ Suite à ce jugement, la Floride a modifié sa législation pour enlever les dispositions nécessitant le visage découvert lors de prises de photos en vue de l'obtention de pièces d'identités gouvernementales

⁶⁵⁶ Conseil d'État, 15 décembre 2006, *Association United Sikhs*, No. de requête 289946

étatique n'est pas disproportionnée par rapport à l'objectif visé qui est la préservation du système de délivrance de permis à la fraude et au vol d'identité. À notre avis cette décision nous paraît similaire à la position prise par la cour suprême du Canada dans un arrêt que nous allons examiner dans les lignes qui suivent.

7.3 Le port des signes religieux et le système de délivrance du permis de conduire au Canada

La Cour suprême du Canada a suivi le même chemin que le Conseil d'État de la France dans l'affaire *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony* [précitée]. En effet, le plus haut tribunal du Canada devait déterminer si le fait qu'il était interdit au membre hutterite de se faire photographier de façon volontaire par les préceptes de leur religion était une violation de leur droit à la liberté de religion comme l'exigeait le règlement visant l'obtention du permis de la province de l'Alberta. Elle a répondu par la négative à cette question en statuant que le règlement répondait au critère de proportionnalité étant donné les impératifs de sécurité, de préservation de l'intégrité du système de délivrance de permis et de lutte contre la fraude et ce, même si la mesure étatique exigeait du demandeur de choisir entre sa foi religieuse et l'obtention du permis.

À la lumière de ce jugement, nous pouvons dire que la préservation de certains aspects de la structure sociale peut constituer une importante limite au droit à l'expression des croyances religieuses dans l'espace public.

Dans la prochaine section du mémoire, nous allons examiner la question du port des signes religieux dans divers champs d'activités telles que le système de reconnaissance du statut de réfugié et celui relatif à l'octroi de la citoyenneté.

VIII

La jurisprudence du Canada, des États-Unis, de la France et de la Suisse relative au port des signes religieux dans d'autres sphères telles que le système de reconnaissance du statut de réfugié et l'octroi de la citoyenneté.

Introduction

Cette section va procéder à l'analyse des perspectives des divers systèmes juridiques des États quant au port des signes religieux dans d'autres sphères d'activité telles que le processus de reconnaissance du statut de réfugié et l'octroi de la citoyenneté. La raison d'être de cette section réside dans le fait qu'étant donné que le port des signes religieux ne soulève pas de litiges dans les mêmes secteurs d'activités au sein des quatre États, il nous fallait donc avoir une section d'analyse qui nous permettrait d'identifier et d'analyser certains secteurs où l'expression des croyances religieuses soulève des litiges dans un État mais pas dans d'autre tout en maintenant une certaine proximité dans les secteurs comparés. C'est pour cette raison que nous allons examiner uniquement les cas de la Suisse et du Canada car c'est dans ces deux États que les tribunaux ont abordé le port des signes religieux au niveau de l'octroi du statut de réfugié et de la citoyenneté qui sont deux secteurs qui relèvent de l'immigration.

8.1 Le port des signes religieux et l'octroi du statut de réfugié au Canada

Au Canada, la jurisprudence n'est pas claire par rapport à la problématique du port des signes religieux comme motif justifiant l'octroi du statut de réfugié. Cependant dans les affaires *Namitabar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*⁶⁵⁷; *Fathi-Rad c. Canada (Secrétaire d'État)*⁶⁵⁸; *V.M.H (Re)*⁶⁵⁹ des femmes iraniennes qui avaient fui leur

⁶⁵⁷ *Namitabar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 1993 CanLII 3019 (C.A.F.) [1994] 2 C.F. 42, 78 F.T.R. 1

⁶⁵⁸ *Fathi-Rad c. Canada (Secrétaire d'État)* (1994), 77 F.T.R. 41

pays avaient fait une demande de reconnaissance du statut de réfugié en raison du fait qu'elles étaient forcées de porter le *tchador* sous peine d'être persécutées en vertu de la loi islamique. La Cour d'appel fédéral leur a donné gain de cause pour le motif que le code vestimentaire islamique n'était pas une politique qui s'appliquait généralement à toute la population iranienne dans la mesure où il donne lieu à la persécution d'un groupe précis: les femmes qui devaient se vêtir conformément aux préceptes religieux du régime théocratique qui punissait les récalcitrantes. La Cour a associé cet état de fait à de la persécution au sens de la *Convention relative au statut de réfugié* et a accordé le statut de réfugié aux deux requérantes parce qu'elles constituaient un groupe vulnérable pouvant être sujet à la persécution pour non-respect des préceptes religieux de leurs pays.

À notre avis, ce jugement illustre encore une fois l'application du concept de neutralité bienveillante du Canada dans un domaine où les États ont tendance à faire preuve d'une approche très restrictive. Qu'en est-il de la Suisse?

8.2 Le port des signes religieux et l'octroi de la citoyenneté en Suisse

Le système juridique suisse n'a pas eu à examiner la question du statut de réfugié comme le Canada. Cependant, il a eu à regarder la question du port des signes religieux durant l'attribution de la citoyenneté, une préoccupation qui a été réglée au Canada par l'interdiction formelle du port du voile intégral dans l'attribution de la citoyenneté canadienne.

Dans la décision *X c. Conseil d'État du Canton d'Argovie*⁶⁶⁰, le tribunal fédéral suisse a fait prévaloir la perspective différentialiste lorsqu'elle a cassé une décision du Canton d'Argovie qui refusait la citoyenneté suisse à une femme en raison du fait qu'elle portait le voile. Pour la Cour, le port du foulard ne signifie rien d'autre que l'appartenance à une

⁶⁵⁹ *V.M.H (Re)* [2002] R.P.D.D. No. 251

⁶⁶⁰ *X c. Conseil d'État du Canton D'Argovie*, ATF 134 I 149

religion et non une attitude de manque de respect à l'ordre constitutionnel établi et n'exprime ni la soumission et ni l'avilissement de la femme comme l'affirmait le Canton d'Argovie. En l'occurrence, le port du foulard islamique est donc protégé par la liberté de conscience et de croyance garantie par la Constitution et doit être appréciée à la lumière de l'interdiction de toute discrimination directe ou indirecte.

En conclusion, nous pouvons dire que l'approche basée sur le cas par cas favorisé par les tribunaux des quatre États quant au port des signes religieux dans l'espace public fait ressortir un usage intermittent des perspectives différentialiste et universaliste dépendant du contexte et des faits relatifs à chaque cas. Cette approche vise non seulement à protéger et à donner effet à la liberté de religion en tant que droit constitutionnel fondamental, mais également à protéger l'intégrité de certaines institutions sociales telles que l'armée, les forces policières et le milieu carcéral. Ainsi, pendant que dans ces États les élèves ont le droit de porter des signes religieux dans les écoles publiques, tel n'est pas le cas pour les enseignants et le personnel administratif qui se doivent de projeter une image neutre de l'État. La situation est toutefois différente au Canada où l'application de la neutralité bienveillante fait en sorte que les enseignants peuvent porter des signes religieux dans les établissements scolaires. Par ailleurs, dans les quatre États, les questions relatives à la sécurité priment sur toute tentative d'accommodement religieux en raison de l'importance sociale du bien-être et de la sécurité des nationaux. De plus, le port des signes religieux en milieu de travail continue de faire l'objet de débats au sein des quatre États, les tribunaux n'y ayant pas développé de positions véritablement claires sur cette question.

Conclusion

Ce mémoire avait pour objectif d'examiner la problématique du port des signes religieux dans l'espace public dans le contexte du droit à la liberté de religion à partir du droit international et du droit comparé aux États-Unis, au Canada, en France et en Suisse. Dans ce contexte, nous voulions analyser en premier lieu l'importance que les quatre États à l'étude accordaient à leurs obligations internationales au niveau de l'expression des croyances religieuses dans l'espace public. En second lieu, la conformité de leurs droits internes aux préceptes du droit international onusien et européen. Enfin, en troisième lieu, les facteurs qui influencent l'intégration des principes du droit international en matière de port des signes religieux en public au sein de leurs systèmes judiciaires. La réponse à ces questions a nécessité tout d'abord un survol du droit international onusien et européen dans le but de déterminer la façon dont le droit à la liberté de religion et, en particulier l'expression des croyances religieuses dans l'espace public par le port de signes religieux était protégé au sein de ces systèmes. Ensuite, l'analyse systématique des régimes juridiques des États à l'étude pour déterminer les manières dont ils ont enchâssé le droit des justiciables de porter des signes religieux en public et ce, à partir de cadres conceptuels appropriés au contexte de la recherche.

La complexité de la problématique et la nature comparative de la recherche ont nécessité une approche méthodologique systématique au sein de laquelle, il nous a fallu établir la pertinence de la recherche et la justification du recours au droit comparé comme méthode d'analyse et ce, tout en faisant une réflexion contextuelle sur la laïcisation du droit international par rapport à la religion. Par la suite, nous avons défini les notions clés de la recherche telles que «signes religieux» (des signes pouvant être portés en public et ayant été l'objets de contentieux civils au sein des quatre États), et «espace public» (des lieux publics ou des lieux affectés à un service public qui sont accessibles à l'ensemble de la population et qui sont gérés d'abord et avant tout par l'État et ses organismes) dans le but de circonscrire les paramètres de la recherche. Enfin, nous avons expliqué les raisons pour

lesquelles nous avons choisi des pays tels que le Canada, les États-Unis, la Suisse et la France comme sujets de ce mémoire. Un choix qui s'explique par la diversité des systèmes juridiques de ces États, le grand nombre d'immigrants de minorités religieuses qu'ils acceptent chaque année, les difficultés qu'ils éprouvent à réglementer le port des signes religieux dans leur espace public respectif ainsi que la controverse que ce sujet soulève auprès de leurs nationaux.

Au niveau du cadre théorique du mémoire nous avons tenté d'identifier un ou plusieurs cadres conceptuels au sein duquel ou desquels s'est effectuée l'analyse de la problématique à l'étude. Dans cette optique, après avoir établi les paramètres de la recherche à partir des perspectives universaliste et différentialiste, nous avons procédé à un survol de plusieurs cadres théoriques relatifs aux deux perspectives (le Libéralisme classique et le Républicanisme pour la perspective universaliste; le Féminisme juridique, la Théorie de l'intersectionnalité, l'approche Communautarienne, le Libéralisme repensé de Kymlicka et les valeurs relatives aux droits à l'égalité de Fredman en vertu de la perspective différentialiste). Notre analyse nous a permis d'en retenir deux : le Libéralisme repensé de Kymlicka et les valeurs relatives au droit à l'égalité de Sandra Fredman. Ces deux approches ont été choisies parce qu'elles favorisent autant les perspectives universaliste que différentialiste tout en promouvant l'égalité réelle d'abord et avant tout. De plus, elles favorisent l'autonomie et l'indépendance morale des individus autant que ceux des groupes tout en reconnaissant la nécessité d'établir des limites, voire même un certain équilibre, en ce qui a trait aux revendications identitaires des minorités religieuses dans l'espace public. Bref, elles constituent des cadres théoriques appropriés pour l'analyse d'une problématique aussi complexe et ayant des ramifications aussi nombreuses que le sujet qui nous préoccupe.

Dans le troisième chapitre nous avons examiné la signification, la portée et les limites de la liberté de religion en droit international onusien et européen dans le but de déterminer s'ils reconnaissent le droit des nationaux des États-parties de porter des signes religieux dans

l'espace public et les restrictions qui s'appliquent à ce droit. Nos recherches nous ont permis de découvrir que bien que les articles 18 du Pacte et 9 de la Convention européenne [précités] soient rédigés à partir d'un langage s'apparentant davantage au libéralisme classique, il n'en demeure pas moins que les deux dispositions peuvent être interprétées pour protéger le droit de tout justiciable de pouvoir exprimer ses croyances religieuses en public par le port des signes religieux. En d'autres mots, le langage dans lequel elles sont rédigées est assez large pour intégrer les principes du Libéralisme renouvelé autant que les valeurs relatives à l'égalité réelle et au respect des différences de Fredman.

Toutefois, le droit à la liberté de religion tel qu'il est protégé au sein de ces deux dispositions est limité par les notions de sécurité publique, de protection de l'ordre, ou de la morale publique, ou la protection des droits et libertés d'autrui. Par ailleurs, dans le cas de la Convention européenne, le critère relatif à la protection des droits et liberté d'autrui est d'une importance fondamentale, parce qu'il met en jeu la doctrine de la «marge nationale d'appréciation», un principe qualifié de «compromis» qui reconnaît un grand pouvoir discrétionnaire aux États-parties s'agissant de restreindre les droits contenus au sein de la Convention européenne, en particulier le droit à la liberté de religion.

S'agissant de la jurisprudence des instances internationales onusiennes et européennes, l'analyse comparée de leurs jugements révèle deux tangentes différentes. En effet, alors que l'examen des décisions du Comité des droits de l'homme fait état d'une évolution lente mais sûre de l'égalité formelle (perspective universaliste) qui a été appliquée au sein de l'arrêt *Bhinder c. Canada* [précité] vers l'égalité réelle que le Comité a reconnu dans la décision *Riley et al., c. Canada* (perspective différentialiste), tel n'est pas le cas pour le Cour européenne qui, en raison de la marge nationale d'appréciation reconnaît un pouvoir discrétionnaire considérable aux États quant aux limitations pouvant être imposées au droit à la liberté de religion. Cette «doctrine de compromis» a permis à la Cour européenne d'autoriser la présence de crucifix dans les écoles publiques en Italie; de maintenir le renvoi d'élèves d'affiliation religieuse Sikh et musulmane dans les écoles publiques pour refus

d'enlever le foulard ou le *turban* en affirmant que l'alternative de suivre des cours à distance était une option acceptable. Elle a adopté la même position à l'endroit des femmes musulmanes professeures et étudiantes qui ont été renvoyées ou suspendues d'institutions universitaires en raison du port du foulard. Dans tous ces arrêts la marge d'appréciation a surtout été utilisée pour cautionner la position prise par les États en invoquant des raisons liées à l'histoire et la culture bref, à l'identité nationale de ces derniers. La doctrine stipule que cet état de fait crée une jurisprudence asymétrique, où la Cour européenne donne son aval à toutes sortes de pratiques étatiques si elles sont liées à l'histoire, à la culture et à l'identité nationale des États-parties.

À la lumière des constats mentionnés plus haut, il convient de se demander comment les quatre États à l'étude ont intégré les préceptes du droit international relatif à la liberté de religion, corollaire du port des signes religieux en public, au sein de leurs régimes juridiques internes? Les résultats de la recherche suggèrent que les États à l'étude ont intégré à divers niveaux les préceptes du droit international en matière de liberté religieuse au sein de leurs systèmes juridiques respectifs. Cependant, le droit pour un justiciable d'arborer des signes religieux en public est tributaire des principes de laïcité, de neutralité de l'État (qui implique les droits à l'égalité et l'interdiction de la discrimination), de la portée du droit à la liberté de religion et de l'accommodement religieux qui sont des composantes importantes des systèmes juridiques des États à l'étude.

Au niveau des principes de la laïcité et de la neutralité, qui se réfèrent à la séparation de l'église et de l'État, nos recherches révèlent qu'alors que cette notion est constitutionnellement reconnue en France et aux États-Unis, tel n'est pas le cas au Canada et en Suisse où il fait néanmoins officieusement partie du régime juridique. De plus, pendant qu'il existe des religions d'État en Suisse, il n'en existe pas dans les trois autres États de cette étude. Également, les activités religieuses ne font l'objet d'aucune restriction constitutionnelle dans les quatre États. Cependant, au Canada, la Constitution garantit des écoles séparées aux catholiques et aux protestants vivant en situation minoritaire en

Ontario; en Suisse l'État peut percevoir des impôts à des fins de redistribution aux églises qui sont officiellement reconnues alors qu'en France, les édifices de culte sont entretenus aux frais de l'État et ce dernier rémunère les membres du clergé de la région d'Alsace-Moselle en raison du régime spécial de concordat applicable à cette région. À la lumière de ces résultats, nous pouvons donc dire qu'en dépit de la laïcité et de la neutralité de l'État face au fait religieux, les églises chrétiennes majoritaires reçoivent encore du soutien de la part des États et sont parfois présentes au sein de la sphère politique de certains États dont la Suisse. D'où l'usage du terme 'gallican' pour désigner la laïcité française et même celle de la Suisse par certaines critiques qui considèrent que ces expressions de la laïcité ne répondent pas tout à fait aux critères d'un État neutre face au fait religieux.

Dans ce même ordre d'idées, la neutralité de l'État est garantie au niveau pratique par les principes relatifs à la liberté de religion et aux droits à l'égalité. Le droit à la liberté de religion est essentiellement un droit négatif, mais qui comporte certaines composantes positives qui ont trait à l'interdiction de la discrimination. Il comprend le droit de croire, le droit de ne pas croire et le droit d'exprimer ses croyances religieuses en public. Dans cette optique, alors que la liberté de croyance est un droit inaliénable autant en droit international que dans les systèmes juridiques des quatre États à l'étude, le droit d'exprimer ses croyances religieuses en public ne l'est pas et les critères de restrictions sont les mêmes qu'en droit international (sécurité, droits et liberté d'autrui, l'ordre public). Ces analyses nous amènent à dire que les systèmes juridiques des États à l'étude appliquent les préceptes du droit international (onusien/européen) en matière de liberté de religion.

Nos recherches ont toutefois révélé que c'est en France et aux États-Unis que les principes relatifs à la laïcité et à la neutralité sont les plus rigideusement appliqués. Aux États-Unis, l'examen de la jurisprudence démontre que les tribunaux ont adopté une approche particulièrement stricte pour faire respecter le «mur de séparation» qui caractérise la neutralité de cet État tout en étendant sa portée non seulement aux activités du gouvernement fédéral américain mais à tous les États de ce pays. En France, le politique a

profité des lacunes relatives à la jurisprudence du Conseil d'État pour donner un ton réactionnaire à la laïcité du pays en adoptant des législations qui condamnent le port des signes religieux ostentatoires dans les collèges, lycées, écoles secondaires ainsi que la prohibition de la *burqa* dans les lieux publics. Le Canada pour sa part a adopté une neutralité qui est qualifiée «d'inclusive» ou de «bienveillante» en raison du fait qu'elle repose sur le multiculturalisme qui est également un principe d'interprétation constitutionnelle dans cet État, alors qu'en Suisse la laïcité a pour corollaire la notion de «paix religieuse» qui interdit la persécution des communautés religieuses et une ouverture relative aux pratiques de certaines religions dans la sphère publique dans le but de maintenir la cohésion sociale au sein de l'État. Ces analyses nous amènent à dire que la neutralité canadienne se range davantage dans la lignée de la perspective différentialiste, de l'égalité réelle et du principe de respect de l'autonomie individuelle alors que celles de la France, de la Suisse et des États-Unis s'apparentent davantage à la perspective universaliste des droits à l'égalité où les principes inhérents au respect de la dignité humaine jouent un rôle moins prépondérant au niveau des droits à l'égalité.

En ce qui a trait aux droits à l'égalité, dans la mesure où les États faisant l'objet de ce mémoire sont des démocraties libérales, ce droit est d'une importance capitale au sein de leurs systèmes juridiques. Par ailleurs, tout comme dans le droit international onusien et européen, la protection accordée à la liberté de religion emploie un langage qui s'associe davantage au libéralisme classique ainsi qu'à la perspective universaliste parce que la même garantie s'applique à tous sans égard aux différences. En France par exemple, le droit à la liberté de religion est protégé par un ensemble d'instruments qui vont de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* aux constitutions de 1946 et de 1958 alors que dans les trois autres États, c'est essentiellement la constitution qui protège ce droit. De plus, dans les quatre États à l'étude, la protection accordée par le droit à la liberté de religion s'étend au droit de porter des signes religieux dans l'espace public avec des limites qui sont essentiellement les mêmes que ceux que l'on retrouve au sein des régimes juridiques internationaux européen et onusien (santé, sécurité, ordre public, liberté

d'autrui), auxquelles s'ajoutent des lois particulières, telles que celles portant interdiction de la *burqa* ainsi que le port de signes religieux ostentatoires dans les lycées, collèges communautaires et autres établissements scolaires en France, ou mêmes des lois interdisant aux enseignants de porter des signes religieux dans les établissements scolaires aux États-Unis. Au Canada et en Suisse, de telles restrictions n'existent pas de manière explicite.

Dans ce même ordre d'idées, le droit à la liberté de religion s'accompagne dans certains pays tels que le Canada et les États-Unis du principe d'accommodement religieux alors qu'en France et en Suisse, ce principe n'existe pas de manière explicite. En l'occurrence, la reconnaissance du principe d'accommodement dans les systèmes juridiques du Canada et des États-Unis fait en sorte que ces deux États se rangent davantage dans la perspective différentialiste par rapport à la France et à la Suisse dont les systèmes juridiques se limitent principalement aux principes de non-discrimination. Également, les principes relatifs au respect de la dignité de la personne humaine, ainsi que de l'autonomie et de l'indépendance morale des individus occupent une place prépondérante dans les systèmes juridiques de ces deux pays. De plus, au niveau des développements relatifs au principe d'accommodement, notre étude révèle que bien qu'il existe plus longtemps aux États-Unis qu'au Canada, la jurisprudence relative à cette notion est plus étendue dans ce dernier État, dans la mesure où elle reconnaît le droit des enseignants de porter des signes religieux dans les écoles alors que ce droit est interdit aux États-Unis. De plus, la notion de contrainte excessive est appliquée de manière plus rigide par les tribunaux américains que les instances judiciaires canadiennes.

Que peut-on dire de la jurisprudence des quatre États en rapport au port des signes religieux dans l'espace public? Tout d'abord en France, dans le domaine de l'éducation, bien que la législature ait adopté des lois interdisant le port de certains signes religieux dans l'espace public, il est intéressant de noter que les tribunaux surveillent les décisions qui sont prises par les autorités scolaires et prennent souvent position contre ces décisions dans le but de garantir l'expression des croyances religieuses en public et éviter une restriction

arbitraire de l'État. Au Canada et aux États-Unis les tribunaux font preuve d'une plus grande ouverture encore face au port des signes religieux par les élèves. Toutefois, la situation aux États-Unis, en France et en Suisse est similaire car les enseignants ne disposent pas du droit de porter des signes religieux dans les établissements scolaires alors qu'au Canada, la jurisprudence leur a reconnu ce droit. À notre avis, cette réalité illustre encore une fois l'importance qui est accordée au respect de la différence et la promotion de la diversité religieuse au Canada par rapport aux trois autres États.

Dans un autre ordre d'idées, la jurisprudence n'est pas aussi claire dans le secteur de l'emploi ou même au niveau du port des signes religieux dans les salles d'audience des tribunaux. En effet, pendant qu'en France et en Suisse la jurisprudence n'a pas abordé cette question, au Canada et aux États-Unis, cette problématique a été abondamment examinée par les tribunaux et alors qu'au Canada les tribunaux sont prudents quant au port des signes religieux dans les salles d'audience, aux États-Unis cette question semble encore faire l'objet d'un débat sans fin, dans la mesure où dans certains États américains ce droit est permis alors que ce n'est pas le cas dans d'autres. Dans le secteur de l'emploi le critère de *'de minimis cost'* qui représente la notion de contrainte excessive en droit du travail aux États-Unis est appliqué de manière plus rigide qu'au Canada parce que les tribunaux accordent une grande discrétion aux employeurs quant à ce qui est considéré comme étant une contrainte excessive. Par conséquent, l'approche axée sur le cas par cas ne permet pas de dire avec certitude l'état du droit de ces États quant à ces questions.

En ce qui a trait à l'armée, la police et les centres pénitenciers, il existe une jurisprudence relativement abondante aux États-Unis qui nous permet de voir que c'est essentiellement la perspective universaliste qui prime avec l'exigence que l'armée fasse preuve de consistance dans l'application de ces règlements. Il en va de même pour la police où les questions relatives à l'esprit de corps, la discipline et l'ordre constituent d'importantes limites aux droits des justiciables de porter des signes religieux au sein de cette institution. En d'autres termes, les tribunaux laissent peu de place à l'indépendance morale et la liberté de choix

des individus. Cependant au Canada, au niveau de la police, il semble que l'arrêt Grant ait plus ou moins réglé cette question bien que cette décision n'ait pas été prise sur le fond du litige.

Si on revient aux questions qui ont été formulés au début de ce mémoire, nous pouvons dire que les quatre États à l'étude accordent une grande importance à leurs obligations internationales en matière de respect de la liberté de religion et qu'il existe plusieurs facteurs sociojuridiques qui influencent cette importance. De plus ils ont mis en œuvre plusieurs lois, politiques et programmes visant à garantir ce droit au sein de leurs territoires. Enfin, peut-on aller jusqu'à dire que ces États respectent les préceptes du droit international quant à la gestion de la diversité religieuse sur leurs territoires? La réponse à cette question ne nous paraît pas aisée, car le droit international (tant onusien qu'europpéen) est rédigé de manière à englober une pluralité de systèmes juridiques. Cette réalité complique sa mise en œuvre au sein d'États fonctionnant à partir de systèmes juridiques monistes et dualistes et qui font face à des réalités sociopolitiques diverses en matière de liberté de religion. Cependant, une chose paraît claire dans l'analyse jurisprudentielle des quatre États, sous certains aspects ils vont plus loin que le droit international (dans le domaine de l'éducation par exemple), sous d'autres, ils respectent les préceptes du droit international (les questions liées à la sécurité par exemple) alors que sous d'autres encore la réponse ne paraît pas facile parce qu'il n'y a pas suffisamment de jurisprudence ou de politiques publiques pour pouvoir formuler une réponse claire. Plus souvent qu'autrement, la jurisprudence est trop incohérente pour qu'on puisse saisir une tendance en raison de l'approche axée sur le cas par cas que leurs instances judiciaires adoptent quant à l'analyse de cette question.

La problématique du droit de porter des signes religieux en public continue de soulever des débats particulièrement houleux tant en droit international que dans les démocraties libérales des pays occidentaux ouverts à l'immigration. Dans cette optique, ce mémoire a tenté d'aborder le sujet de manière aussi globale que possible pour pouvoir mettre en lumière les réalités qui prévalent dans les quatre États à l'étude au niveau du port des signes

religieux dans divers domaines d'activités. Cependant, cette recherche est limitée dans l'espace et le temps parce qu'elle n'aborde que quatre États occidentaux.

Dans la mesure où le port des signes religieux est lié à l'identité religieuse des justiciables, cette recherche met en lumière les questions suivantes. Premièrement, quels sont les impacts des décisions judiciaires qui ont été rendues sur la problématique du port des signes religieux sur les justiciables issus des religions minoritaires ainsi que sur leurs communautés? Jusqu'à quel point ces décisions judiciaires influent-elles sur la capacité de ces justiciables de pouvoir s'intégrer et participer pleinement à la société? Deuxièmement, quel impact ces décisions judiciaires ont-elles sur la perception de la majorité face aux minorités religieuses? Troisièmement, dans la mesure où les questions relatives à l'expression des croyances religieuses en public sont souvent réglées devant les tribunaux, il importe de se demander si les instances judiciaires constituent le meilleur forum pour débattre de telles questions et quelles sont les autres options pouvant être utilisées pour aborder cette question? Enfin, en raison de contraintes liées au temps, cette recherche portait uniquement sur la question du port des signes religieux dans l'espace public, en l'occurrence, les questions relatives à la présence des signes religieux (par exemple, la Nativité, les Arbres de Noël etc.) n'étaient pas inclus dans notre analyse. Il serait intéressant d'aborder la problématique de la présence des signes religieux dans l'espace public et des enjeux sociojuridiques que cette question soulève tant au niveau du droit international que du droit interne dans une perspective large.

Bibliographie

Traités internationaux

Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, 26 juin 1981, O.A.U. Doc. CAB/LEG/67/3 Rev.5.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2000/C364/01 en ligne : http://www.europarl.europa.eu/charter/pfd/text_fr.pdf

Charte des Nations-Unies [1945] R.T. Can. No. 7

Convention européenne des droits de l'homme (1955) 213 R.T.N.U. 221. S.T.E., no. 5

Convention cadre de l'Europe sur les minorités nationales de 1994 <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/cadreprincipal.htm>

Convention internationale sur les droits des personnes handicapées des Nations Unies en ligne : <http://www2.ohchr.org/english/law/disabilities-convention.htm>

Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, [1982] 1249 R.T.N.U. 13

Convention pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Conseil de l'Europe, 2012, en ligne: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?CL=FRE&CM=&NT=005&DF=&VL=>

Convention relative aux droits de l'enfant, 20 novembre 1989, Rés. A.G. 44/25. Annexe

Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, 2 mai 1948, Doc. O.É .A./Ser.L/II.23, doc.21 re. 6

Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination basées sur la religion et la croyance, adoptée le 25 novembre 1981, En ligne: <http://irla.org/index.php?id=298>

Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810 (1948)

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

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 19 décembre 1966, R.T. Can. 1976, no. 47, 999 R.T.N.U. 171 6 I.L.M. 368

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, [1976] 993 R.T.N.U. 3

Statut de la Cour internationale de justice, en ligne : <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0&lang=fr>

Jurisprudence de la Cour internationale de justice

L'Affaire de la délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine C.I.J., Recueil, 1984

L'Affaire Lotus, C.P.J.I., Série A, no. 10

L'affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, C.I.J. Recueil, 1980

Jurisprudence de la Commission des droits de l'homme et de la Cour européenne des droits de l'homme

Ahmet Arslan et Autres c. Turquie Requête no. 41135/98

Aktas c. France no. 43563/08

Al-Zarka c. Suisse No. de requête 9113/10

Arrowsmith c. Royaume-Uni, no. 7050/77, rapport de la Commission du 12 octobre 1978, Décisions et rapports 19

Baechler c. Suisse No. de requête 66270/09

Baspinar c. Turquie, (2003) 45631/99, 36 Rap. D.H.Eur. CD1

Bayrak c. France Requête no. 143008/08

Bulut c. Turquie (1991), 18783/91

Chaplin c. Royaume-Uni no. de requête 59842/10

Dmitrijevs c. Latvia (2006), 30 C.E.D.H. 155

Dimitrijev c. Lettonie, (2006), 156 C.E.D.H. (Sér. A), 60

Dogru c. France (2009), no. 27058/05

El Morsli c. France, no. de requête 15585/06

Église métropolitaine de Bessarabie et Autres c. Moldova, no. 45701/99, § 118, CEDH 2001-XII

Engels et Al. c. Pays-Bas, arrêt du 8 juin 1976, Série A no. 22

Eweida c. Royaume Uni, No. de requête 48420/10

Gamaleddyn c. France Requête no. 18527/08

Ghazal c. France Requête no. 29134/08

Handyside c. Royaume Uni (1976), 24 C.E.D.H. (Sér. A)

Hasan et Chaush c. Bulgarie, (2000), 84, C.E.D.H. (Sér. A) 117

Ivanova c. Bulgarie, no. 52435/99 CEDH 2007

(Jewish Liturgical Association) Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France, 274117/95

J. Singh c. France Requête no. 25463/08

Kalaç c. Turquie, (1^e juillet 1997) no. 61/1996/680/870

Karaduman c. Turquie (1993), Requête no. 16278/90

Kervanci c. France (4 décembre 2008), Requête n° 31645/04

Koella Naouali c. Suisse No. de requête 1317/10

Kosteski c. l'ex-république yougoslave de la Macédoine, no. 55170/00, 13 avril 2006

Kurtulmus c. Turquie Requête no. 65500/01

Kuznetsov c. Russie, no. 184/02, 11 janvier 2007

Lautsi c. Italie, (2010) requête no. 30814/06

La Ligue des Musulmans de Suisse et autres c. Suisse, No. de requête 66274/09 Cour européenne des droits de l'homme (irrecevabilité), décision du 28 Juin 2011 (15 septembre 2010)

Leyla Şahin c. Turquie [GC], no 44774/98, § 109, CEDH, 2005-XI

Lucia Dahlab c. Suisse, (2001) 98 C.E.D.H (Sér. A) 174

MAB, WAT et J-AYT c. Canada, Communication no. 570/1993, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/570/1993

Norwood c. Royaume-Uni (déc.) no. 23131/03 CEDH 2004-XI

Otto-Preminger-Institut c. Autriche, arrêt du 20 septembre 1994, (Ser. A), no. 295-A

Phull c. France, (2005) no. 35743/03

Pichon et Sajous c. France (1999.), no 49853/99, CEDH 2001-X

Poltoratsky c. Ukraine, (2003), 89 C.E.D.H. (Sér. A) 128

Pretty c. Royaume-Uni, no. 2346/02, CEDH 2002-III

R. Singh c. France Requête no. 27561/08

Sunday Times c. Royaume Uni (no.1) arrêt du 26 avril 1979, série A no. 30

Valsamis c. Grèce, Requête no. 21787/93

X et l'Église de scientologie c. Suède, no. 7805/77, décision de la Commission européenne des droits de l'homme, 5 mai 1979, Décisions et rapports 16

X c. Royaume-Uni (12 juillet 1978) D.R. 14, 234

Jurisprudence du Comité des droits de l'homme

Bhinder c. Canada, Communication no. 208/1986, U.N. Doc. CCPR/37D/208/1986/ (1986)

Boodoo c. Trinité et Tobago, Communication no. 721/1996, U.N. Doc. CCPR/C/74/D/721/1996

Hudoyberganova c. Ouzbékistan, Communication no. 931/2000, U.N. Doc. CCPR/C/82/D/93/2000 (2004)

Kenneth Riley et Al., c. Canada, Communication no. 1048/2002, U.N. Doc. CCPR/C/74/D/1048/2002 (2002)

Arieh Hollis, Waldman c. Canada, 5 novembre 1996, Communication No. 694/1996, CCPR/C/67/D/694/1996

Ranjit Singh c. France, Communication no. 1876/2009, U.N. Doc. CCPR/C/102/D/1876/2009

Documents et rapports internationaux

Human Rights Committee, *General Comments No. 22: The Right to Freedom of Thought, Conscience and Religion*, 30/07/93, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4

International Institute for the Unification of Private Law, *Ad Hoc Working Group on Legislative Techniques for the Implementation of the Preliminary Draft Convention on Harmonized Substantive Rules Regarding Intermediated Securities*, Unidroit, Study LXXVIII, 2006, en ligne: <http://www.unidroit.org/english/documents/2006/study78/s-78-026-e.pdf>

Rapporteur spécial sur la liberté de religion ou de conviction, *Rapport à la soixante-deuxième session de la Commission des droits de l'homme*, Doc. NU E/CN.4/2006/5

Rapporteur spécial sur la liberté de religion, *Rapport spécial sur le droit à la liberté de religion à travers le monde*, E/CN.4/1998/6

Constitutions, législations nationales

Canada

Acte constitutionnel de 1791, 31 George III, c.31 (R.-U.).

Acte qui réunit les Provinces du Haut et du Bas-Canada pour le Gouvernement de la Province du Canada, 1840, en ligne : http://eco.canadiana.ca/view/oocihm.9_01401/2?r=1&s=1

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.U) en ligne : <http://lois.justice.gc.ca/fra/const/page-1.html#docCont>.

Charte canadienne des droits et libertés, L.R.C. (1985), App. II, No. 44 ann. B., Partie I, Art. 2 a), 15, 27

Charte de la langue française, L.R.Q. chap. C-11

Charte des droits et libertés de la personne du Québec, L.R.Q., chap. C-12

Code ontarien des droits de la personne, L.R.O. 1980 chap. 340

Colombie-Britannique: *Motor Vehicle Act Motorcycle Safety Helmet Exemption Regulation*, BC Reg. 237/99 (July 19, 1999) O.C. 890/99 at s. 1

Loi canadienne sur les droits de la personne L.R.C. (1985) ch. H-6

Loi sur le multiculturalisme canadien L.R. (1985), ch. 24 (4^e supp.)

Loi sur les jours fériés dans les commerces de détails, L.R.O. 1980 chap. 450

Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20

Manitoba: *The Highway Traffic Act C.C.S.M. c. H60, Safety Helmets Standards and Exemptions*, Man Reg. 167/2000 at s. 2(b)

États-Unis

American Bill of Rights, 25 septembre 1789, Article 1, en ligne: <http://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage?collId=llsl&fileName=001/llsl001.db&recNum=144>

United States Constitution, 1787, First Amendment, Section VI, Legal Information Institute of the United States, en ligne : <http://www.law.cornell.edu/constitution/billofrights#amendmenti>

Virginia Declaration of Rights, June 12, 1776 en ligne: http://www.constitution.org/bcp/virg_dor.htm

Amendment of Rule 611 of the Michigan Rules of Evidence, June 17, 2009 Online: <http://courts.michigan.gov/supremecourt/Resources/Administrative/2007-13-08-25-09-Order.pdf>

American with Disabilities Act 42, U.S.C, 1990

Civil Rights Act, USC, Title 42, Sect. 1871

Civil Rights Act de 1964, USC, Title 42, Sect. 1964

Civil Rights Act, Pub. L. No. 90-284, 82 Stat. 73

Equal Employment Opportunity Commission Guidelines on Discrimination Because of Religion, 29 C.F.R. § 1605 2(b) (2004)

Florida Religious Freedom Restoration Act of 1998 en ligne: <http://www.religious-freedom.org/rflawfl.html>

Internal Revenue Code, 26, U.S.C.170

Religious Freedom Restoration Act, 42 USC, Sect. 2000

United States Code, United States Code, Title 18, Sect. 242.

Uniform Trial Court Rule 3.010(1), État de l'Oregon, August 1, 2010, Online: http://courts.oregon.gov/OJD/docs/programs/utcr/2010_UTCR.pdf

Workplace Religious Freedom Act, H.R. 5233, 103rd Cong. (2003)

France

Constitution du 5 Fructidor, an III, 22 août 1795, France, Assemblée nationale, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/constitutions/constitution-de-1795-an3.asp>

France, *Constitution du 4 octobre 1958*, art. 1^e, en ligne : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/texte-integral-de-la-constitution-de-1958.5074.html#preambule>

Constitution du 27 octobre 1946, France, IV^e République, Assemblée nationale, en ligne : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1946-ive-republique.5109.html>

Code de l'Éducation nationale, L.442-12

Code pénal de 1994, Assemblée nationale, France, en ligne: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071029&dateTexte=19940228>

Code pénal, version consolidée du 1^e mai 2012, Assemblée nationale, France, en ligne : <http://perlpot.net/cod/penal.pdf>

Code du travail, Assemblée nationale, France, en ligne :
http://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050

Décret no. 75-675 du 28 juillet 1975 portant règlement de la discipline générale dans les armées, en ligne :
http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=D11E5009173EF09FE51041E979957406.tpdjo17v_1?cidTexte=JORFTEXT000000875753&dateTexte=20060718

Loi du 28 mars 1882, Loi no. 1882-03-28, Legifrance, en ligne :
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006070887&dateTexte=20000621>

Loi du 30 octobre 1886 portant sur l'organisation de l'enseignement primaire, Loi no. 1886-10-30, en ligne :
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006070886&dateTexte=20000621>

Loi sur la séparation de l'Église et l'État, 1905, France, Assemblée nationale, en ligne :
www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/MCEBW.htm

Loi no. 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, J.O., 17 mars 2004, 5190

Loi no. 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, J.O. 7 octobre 2010, [Loi no.2010-1192 du 11 octobre 2010] en ligne :
<http://www.legislation-psy.com/spip.php?article2534>

Loi no. 72-662 du 13 juillet 1972 en ligne : <http://fgfcftcmipy.free.fr/droit/lois/172-662.htm>

Suisse

Suisse, *Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 18 avril 1999*, en ligne :
<http://www.admin.ch/ch/f/rs/101/index.html>

Confédération suisse, *Loi fédérale sur la protection des animaux*, Assemblée fédérale de la Confédération suisse, 2005, en ligne : <http://www.admin.ch/ch/f/rs/455/index.html>

Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, RS 822.11 1^o août 2000

Monographies

Adam, Michael, *Unlikely Utopia: The Surprising Triumph of Canadian Pluralism*, Toronto, The Penguin Books, 2008, 264 p.

Alland, Denis, Rials, Stéphane, «Église et État en Europe» dans *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 2003, 1649 p.

Arbour, J.-Maurice, Parent, Geneviève, *Droit international public*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2006. 1038 p.

Banon, Patrick, *Les ABCdaire des signes et symboles religieux*, Paris, Flammarion, 2005, 175 p.

Barbier, Maurice, *La laïcité*, Paris L'Harmattan, 1995, 312 p.

Bissoondath, Neil, Gwyn R., *Nationalism Without Walls*, Toronto, McClelland & Stewart, 1996, 304 p.

Bissoondath, Neil, *Selling Illusions: The Cult of Multiculturalism in Canada*, Toronto, Penguin Books, 2002, 272 p.

Blackburn, Simon, *The Oxford Dictionary of Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1994, 408 p.

Bouzar, Dounia, *Quelle éducation face au radicalisme religieux?*, Paris, Éditions Dunod, 2006, 175 p.

Bramadat, Paul Koenig, Mathias *International Migration and the Governance of Religious Diversity*, Montréal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2009, 340 p.

Brunelle, Christian, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, 482 p.

Buysens, Eric, *Les langages et le discours : essai de linguistique fonctionnelle dans le cadre de la semiologie*, Bruxelles, Office de Publicité, 2003, 98 p.

Delmas-Marty, Mireille, *Critique de l'intégration normative : l'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, Paris, Presses Universitaires de France, 2004, 320 p.

De Cruz, Peter, *Comparative Law in a Changing World*, London, Cavendish, 1995, 512 p.

- De Tocqueville, Alexis, *De la démocratie en Amérique*, Paris, Garnier Flammarion, Vol. 2, 1981, 178 p.
- Durkheim, Émile, *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, Paris, Livre de Poche, 1991, 647 p.
- Eid, Paul, *Being Arab: Ethnic and Religious Identity Building Among Second Generation Arab Youth in Montreal*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 2007, 255 p.
- Evans, Carolyn, *Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 222 p.
- Evans, Malcolm, D., *Manuel sur le port des signes religieux dans les lieux publics*, Strasbourg, Éditions Conseil de l'Europe, 2009, 134 p.
- Ferry, J., *La République des citoyens, I (Recueil des discours présentés par O. Rudelle)*, Paris, Imprimerie Nationale, 1996, p. 423
- Fetzer, J.S. J.C. Cooper, *Muslims and the State in Britain, France and Germany*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 208 p.
- Fleiner, Thomas, Misic, Alexander, Töpperwien, *Swiss Constitutional Law*, The Hague, Kluwer International, Staempfli Publishers Ltd., Berne, 306 p.
- Gaudreault-Desbiens, Jean-François, *Le sexe et le droit*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, 173 p.
- Gilbert, Pierre, et Rémond, René, *Égalité sociale et liberté politique: Une introduction à l'œuvre de de Tocqueville*, Paris, Aubier Montaigne, 1977, 489 p.
- Gray, Robert, W., *The Four Faces of Affirmative Action*, Connecticut, Greenwood Press, 2001, 179 p.
- Grotius, Hugo, *De Jure Bellis Ac Pacis Libris Tres*, Éditions 1646, Carnegie Classics of International Law, 1925, No.3, Vol. 2, 1701 p.
- Grotius, Hugo, Alland Denis, Goyard-Fabre, Simone, Fodéré-Pradier, Paul, *Le droit de la guerre et de la paix*, Paris, Presses Universitaires de France, 2005
- Human Rights Library, *Guide d'étude : Liberté de religion ou de conviction*, Minnesota, University of Minnesota, 2003, p. 3
- Janis, Mark, W., Evans, Carolyn, *Religion and International Law*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, 238 p.

Habermas, Jürgen, *L'espace public : archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Payot, Paris, 1997, 316 p.

Jones, Steve, *Antonio Gramsci*, London, New York, Routledge, 2006, 186 p.

Kymlicka, Will, *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit des minorités*, Montréal, Boréal, 1995, 357 p.

Kymlicka, Will, *Multicultural Citizenship – A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1995, 296 p.

Kymlicka, Will, *Finding our Way: Rethinking Ethnocultural Relations in Canada*, Toronto, Oxford University Press, 1998, 220 p.

Mackinnon, Catharine, *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Harvard University Press, 1989, 330 p.

Marx, Karl Engels, Frederick, *Sur la religion : Recueil de textes*, Paris, Éditions Sociales, 1972, 318 p.

Milot, M., *Laïcité dans le monde, le cas du Québec*, Québec, Bibliothèque de l'École des Hautes Études, Turnhout, Brepols Publishers, 2002, 180 p.

Mulhall, Stephen, Swift, Adam, *Liberals and Communitarians*, Oxford, Blackwell Publishers, 1995, 302 p.

Munoz, Vincent-Philippe, *God and the Founders : Madison, Washington and Jefferson*, New York, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 242 p.

Nolte, Georg., *European and U.S. Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 312 p.

Paul, Christopher, *The Ethics of War and Peace: an Introduction to Legal and Moral Issues*, United States, New Jersey, 1994, 288 p.

Peterson-Merrill, Robert, *The Virginia Statute for Religious Freedom: Its Evolution and Consequences in American History*, Cambridge, Cambridgeshire, New York, Cambridge University Press, 1988, 272 p.

Rawls J., *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993, 521 p.

Resnik, Philip, *Thinking English Canada*, Toronto, Stoddart Publishing, 1994, 129 p.

- Peter, K., *The Religion Guarantees: A Reference Guide to the United States Constitution*, Westport, Praeger Publishers, 2005, 217 p.
- Pfeffer, Leo, *Church State and Freedom*, Boston, Beacon Press, 1967, 832 p.
- Sandel, Michael, *Public Philosophy : Essays on Morality in Politics*, Cambridge, Harvard University Press, 2005, 292 p.
- Spinner, Jeff, *The Boundaries of Citizenship: Race Ethnicity and Nationality in the Liberal State*, Maryland, John-Hopkins University Press, 1994, 230 p.
- Stanford Encyclopedia of Philosophy, «Communitarianism», England, Stanford, 2012, en ligne: <http://plato.stanford.edu/entries/communitarianism/>
- Schabas, William A., Turp, Daniel, *Droit international, canadien et québécois des droits et libertés, notes et documents*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2^e édition, 1998, 367 p.
- Schaefer, Richard, T., Floyd, Richard, Halland Bonnie, *Sociology: A Brief Introduction*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson Limited, 2002. 182 p.
- Schnapper, D., *La démocratie providentielle : essai sur l'égalité contemporaine*, Paris, Gallimard, 2002, 228 p.
- Schnapper, Dominique, *La communauté des citoyens : sur l'idée moderne de nation*, Paris, Gallimard, 1994, 202 p.
- Taylor, Charles., *Multiculturalisme différence et démocratie*, Paris, Flammarion, 2000, 144 p.
- Taylor, Charles, *Multiculturalisme : différence et démocratie*, Paris, Aubier, 1994, 142 p.
- Tremblay, André, *Sondages: histoire, pratique et analyse*, Montréal, Gaëtan Morin, 1991, 492 p.
- Touraine, Alain, *Pourrons-nous vivre ensemble? Égaux et différents?*, Paris, Fayard, 1997, 396 p.
- Tuttle, Williams, Alfred, *The Concept of Equality in the Writings of Rousseau, Bentham and Kant*, New York, Teachers College, Columbia University, 1972, 88 p.
- Veuthey, Michel, *Religion et droit international humanitaire*, Paris, Pedone, 2008, 218 p.
- Weber, Max, *Sociologie des religions*, Paris, Gallimard, 1996, 546 p.

Weibel, Nadine B., *Par-delà le voile : Femmes d'Islam en Europe*, Paris, Éditions Complexes, 2000, 214 p.

Wheaton, Henry, *History of the Law of Nations in Europe and America from the Earliest Times to the Treaty of Washington*, New York, Garland Publishers, 1845

Wimmer, A., *Nationalist Exclusion and Ethnic Conflict: Shadows of Modernity* Cambridge, Cambridge University Press, 2002, 332 p.

Young, I.M., *Justice and the Politics of Difference*, Princeton N.J., Princeton University Press, 1990, 286 p.

Recueils

Audard, Catherine, «John Rawls and the Liberal Alternatives to Secularism» dans Cahiers d'Études Hongroises et Finlandaises, *Europe, Minorités, Liberté de religion*, Paris, Harmattan, Université de la Sorbonne Nouvelle – Paris III, p. 245

Baubérot, Jean, «Liberté, laïcité, diversité – la France multiculturelle» dans Paul, Eid et Al., *Appartenances religieuses, appartenance citoyenne : un équilibre en tension*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2009, p. 13

Baubérot, J., «The Place of Religion in Public Life: The Lay Approach» dans T., Lindholm et B., G., Tahzib-Lie, dir. *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook*, Leiden, Nijhoff, 2005, p. 441

Camilleri, Carmel «Identité et gestion de la disparité culturelle : Essai d'une typologie» dans Camilleri, Carmel et Al. dir. *Stratégies identitaires*, Paris, Presses Universitaires de France, 1990, p. 262

Crenshaw, Kimberlé, W., «*Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color*», dans Crenshaw, Kimberlé, W., et Al, dir., *Critical Race Theory: The Key Writings that Formed the Movement*, New York, The New Press, p. 357

Fournier, François, Coutu, Michel, «Le Québec et le monde 1975-2000 : mutations et enjeux», dans Bosset, Pierre, dir., *Après 25 ans, la Charte québécoise des droits et libertés – Études*, Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2003

Gaudreault-Desbiens, Jean-François, Karazivan, Noura, «*The 'Public' and the 'Private' in the Common Law and Civil Law Traditions and the Regulation of Religion*» dans Silvio,

Ferrari et Sabrina, Pastorelli, dir., *Religion in the Public Spaces: A European Perspectives*, United Kingdom, Ashgate, 2012, p. 94

Gaudreault-Desbiens, Jean-François, «Quelques angles morts du débat sur l'accommodement raisonnable à la lumière de la question du port des signes religieux à l'école publique : Réflexion en forme de points d'interrogation» dans Myriam, Jézéquel, dir., *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où?* Québec, Yvon Blais, 2007, p. 243-280.

Gaudreault-Desbiens, Jean-François, *Le sexe et le droit*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, 173 p.

Haggenmacher, Peter, «La place de Vitoria parmi les fondateurs du droit international», dans Truyol y Serra, Antonio et al., dir., *Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria* «Travaux de la Journée d'études organisée à Louvain-la-Neuve par le Centre Charles De Visscher pour le droit international, le 5 décembre 1986 », Bruxelles, Bruylant/Université catholique de Louvain, 1988, p. 35.

Hardy-Dussault, Marianne, «Le port des signes religieux dans les établissements publics d'enseignement : comparaison des approches québécoise et française» dans Eid, Paul, Bosset, Pierre, Milot, Micheline, Lebel-Grenier, Sebastien, dir., *Appartenances religieuses, appartenance citoyenne*, Québec, les Presses de l'Université Laval, 2009, p.75

Henri, Pena-Ruiz, «Contre la révision de la Loi de 1905», (2004) *Regards sur l'actualité*, 298

Hollis, Martin, «Is Universalism Ethnocentric?» dans Christian Joppke, et Steven Lukes (dir.) *Multicultural Questions*, Oxford University Press, 1999, p. 27

Lalouette, Jacqueline, «Anticléricalisme et laïcité» dans Becker, Jean-Jacques, Candar, Gilles, dir. *Histoire des gauches en France*, Paris, La Découverte, 2005, p. 646

Lampron, Louis-Philippe, «Convictions religieuses individuelles versus égalité entre les sexes : Ambiguïtés du droit québécois et canadien» dans Paul Eid et Al., dir., *Appartenances religieuses, appartenance citoyenne*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2009, p.215

Levitt, Peggy et Hetjmanek, Jessica, «Constructing Religious Pluralism Transnationally: Reflections from the United States» dans Bramadat, Paul et Koenig Matthias (dir.) *International Migration and the Governance of Religious Diversity*, Montreal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2009, p. 77

Megret, Frédéric, «Le Canada à la pointe de la tolérance? L'accommodement raisonnable à l'aune du droit international des droits de la personne» dans Jean-François Gaudreault-Desbiens, dir. *Le droit, la religion et le raisonnable*, Québec, Thémis, 2009, p. 268

Norman, W. «Justice and Political Stability in the Multicultural State : Lessons from Theory and Practice in Canada» dans M., Elbaz, D., Helly, dir. *Mondialisation, Citoyenneté et Multiculturalisme*, Paris, L'Harmattan et Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 2000, p. 7

Pfaff-Czarnecka, Joanna, «Accommodating Religious Diversity in Switzerland» dans Paul Bramadat, Mathias Koenig, dir. *International Migration and the Governance of Religious Diversity*, London, Ithaca, McGill-Queen's University Press, 2009, p. 229

Richter, Dagmar, «Religious Garments in Public Schools in Separation Systems : France and the United States of America» dans Bruegger, Winfred, Karayanni, Michael, dir., *Religion in the Public Sphere: A Comparative Analysis of German, Israeli, American and International Law*, Berlin, Springer Berlin Heidelberg, 2007, p. 224

Segur, Philippe, «La 'secte' en droit constitutionnel» dans Francis Messner, dir. *Les 'sectes' et le droit en France*, Paris, Dalloz, 1999, p.124

Tremblay, Stephanie. «Entre pluralisme religieux et appartenance citoyenne : Quel rôle pour l'école québécoise?» dans Paul Eid et Al, dir., *Appartenances religieuses, appartenance citoyenne*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2009, p.393

Articles de revue

Ballandier, Georges «Remarques sur les regroupements politiques africains», (1960) *R.F.Sc.Pol.*, 10, 4, p. 841

Baisden, Cheryl, «Wearing Religious Attire at Work : Freedom of Expression or Disruption» (2010) 9, 2, *RESPECT*, p. 1

Bakircioglu, Onder, «The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases » (2007) 8, *G.L.J.*, 7, p.711

Basil, R., Singh «Responses of Liberal Democratic Societies to Claims from Ethnic Minorities to Community Rights», (1999), 25, *Ed. S.*, 2, p. 195.

Bellamy, Alex J, *Ethics and Intervention : The 'Humanitarian Exception' and the Problem of Abuse in the Case of Irak'*, (2004) *J. of P. R.*, 41, 2

- Benson, Iain T. «The Freedom of Conscience and Religion in Canada: Challenges and Opportunities» (2007) 21:1 E.I.L.R. 113;
- Benson, Iain T. «Notes Towards a (Re)Definition of the Secular» (2000) 33 *U.B.C.L.R.* 520
- Benvenisti, Eyal, «Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards» (1999) 31 *Int. L. & Pol.*, p. 843
- Beyer, Dorianne «School Safety and Legal Rights of Students» (1997) *Eric/Cue Digest*, 21
- Blumenfield, Warren, J., «Christian Privilege and the Promotion of ‘Secular’ and Not-so ‘Secular’ Mainline Christianity in Public Schooling and in the Larger Society», (2006), 39 *E.E.E.*, p. 195.
- Bourgeault, A, et Al., «L’espace de la diversité culturelle et religieuse à l’école dans une démocratie de tradition libérale», *R.E.M.I.*, vol. 11, no. 3, p. 79
- Chelini-Pont, Blandine, «Laïcités française et américaine en miroir», (2005), 4 *C.R.D.F.*, p. 107
- Dundes Renteln, Alison, «Visual Religious Symbols and the Law» (2004) 47 *A.B.S.*, p. 1579
- Durand-Prinborgne, Claude, «Laïcité dans le service public de l’éducation» (2005), 4, Centre de recherche sur les droits fondamentaux, p. 24
- Evans, Bette, N., «Religious Freedom vs. Compelling State Interest» (2000) 9, 2 *Center for the Study of Religion and Society*, p.1
- Dworkin, R., *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2000
- Fairchild Ellen, E., Blumenfield, Warren, J., «Traversing Boundaries: Dialogues on Christian Privilege, Religious Oppression, and Religious Pluralism Among Believers and Non-Believers» (2007), 26, *The C.S.A. J.*, 2, p. 177
- Fixdal, Mona, Smith, *Humanitarian Intervention and Just War*, (1998), *M. Int. S. R.*, 42, p. 285
- Fredman, Sandra «Equality Right: A New Generation», (2001) *Ind.L.J.*, 30, 2, p. 155-157
- Garay, Alain et Al., «The Permissible Scope of Legal Limitations on the Freedom of Religion or Belief in France» (2005), 19, *E.I.L.Rev.*, 802

- Gaudreault-Desbiens, Jean-François, «La *Critical Race Theory* ou le droit étatique comme outil utile, mais imparfait, de changement social», (2001) 48 *Drt. & Soc.*, p. 581
- Gedicks, Frederick, M., «The Permissible Scope of Legal Limitations on the Freedom of Religion or Belief In the United States»(2006), 19, *E.I.L.Rev.*, p. 1117
- Gilbert, Howard, «Redefining Manifestation of Belief in *Leyla Şahin v. Turkey*» (2006) *Eur. H.R. L. R.*, 308
- Harris, Angela, P., «Race and Essentialism in Feminist Legal Theory», (1990) 42, *Stan. L. R.* 571; Smart, Carol, «The Woman of Legal Discourse», (1992) 1 *Soc. & L. S.*, 29, p. 30
- Houle, François, «Citoyenneté, espace public et multiculturalisme : la politique canadienne de multiculturalisme», (1999), *S.& S.*, 31, 2, p.101
- Kyathi, Y., Joshi, «The Retreat from Multiculturalism in the Liberal State: Theory and Policy» (2004) 55 *B.J. of S.*, 2, p. 237
- Kymlicka, Will, «Liberalism and the Politization of Ethnicity», (1994), 4, *C.J.L.J.*, p. 239
- Le Tourneau, Dominique «La laïcité à l'épreuve de l'Islam en France», (1997) 28 *R.G.D.* 275, p. 290
- McHarg, Aileen, «Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights» (1999) *M.L.R.*, 671, p. 671
- Milot, Micheline, «Laïcité au Canada : Liberté de conscience et exigence d'égalité», *Archives des sciences sociales des religions*, (2009), 2, 146, p. 61
- Pfaff-Czarnecka, J., «Migration et flexibilité. La recherche de solutions aux revendications des minorités religieuses en Suisse» *Ethnologie française*, 2002/2 Tome XXXVII p. 263
- Proulx, Jean-Pierre, «Is Religion on the Rise or on the Decline? A Brief Sociometric Portrait of Religion in Quebec», *C.A.R.S.*, (2007) 4, 1, p. 6
- Robert, J. «Religious Liberty and French Secularism» (2003) *Brig. Yg. U. L. R.*, p. 456
- Sonne, James, A., «The Perils of Universal Accommodation: *The Workplace Religious Freedom Act of 2003* and the Affirmative Action of 146,096,000 Souls» (2004) 79 *N.D.Law Rev.*, p. 1023
- Troper, Michel, «French Secularism, or Laïcité» (2000), 21 *C.L. R.*, p. 1267

Xanthaki, Alexandra, «Multiculturalism and International Law : Discussing Universal Standard» (2010), 32, H.R.Q., 1, p. 22

Zoller, Elizabeth, «Laïcité in the United States or The Separation of Church and State in a Pluralist Society» (2006), 13, 2 *Ind.J.Glob.L.S.*, p. 23

Zoller, Elizabeth, «Laïcité in the United States or the Separation of Church and State in a Pluralist Society », J.G.L.S., 2006, 13, 2, 563

Rapports de recherche

Assemblée nationale, France, *Rapport fait au nom de la Mission d'information sur la question du port des signes religieux à l'école.*

Assemblée nationale, France, *Rapport fait au nom de la Mission d'information sur la question du port des signes religieux à l'école*, France, Assemblée nationale, 2004

Association for Canadian Studies *Intergroup Relations* en ligne: <http://www.acs-aec.ca/Polls/Poll5fr.pdf>

Behloul, Samuel-Martin. *Muslims in Central Switzerland From Migrants to Diaspora-Muslims*, Switzerland, Department for the Study of Religions 2004

Benson, Iain T. *Taking a Fresh Look at Religion and Public Policy: The Need for a Paradigm Shift*, Centre for Cultural Renewal, March 31, 2009 Online: <http://www.culturalrenewal.ca/gry/page.taf>

Bosset, Pierre, «Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable» dans Jézéquel, Myriam, dir., *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où? Des outils pour tous*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 10

Bramadat, Paul, «Beyond Christian Canada: Religion and Ethnicity in a Multicultural Society» dans Bramadat, Paul, Seljak, David, dir., *Religion and Ethnicity in Canada*, Toronto, Pearson Longman, 2005

Bribosia, Emmanuelle et Al., *Reasonable Accommodation for Religious Minorities: A Promising Concept for European Antidiscrimination Law*, United States of America, Social Sciences Research Network, 2009

Canada, *Programme du multiculturalisme*, Canada, Gouvernement du Canada, Citoyenneté et immigration Canada, 2010, en ligne : <http://www.cic.gc.ca/francais/multiculturalisme/index.asp>

Cattacin, Sandro et Al., *État et religion en Suisse : Lutttes pour la reconnaissance, formes de reconnaissance*, Berne, Commission fédérale contre le racisme, 2003, p.5

Comité consultatif sur l'intégration et l'accommodement raisonnable en milieu scolaire, *Une école québécoise inclusive : dialogue, valeurs et repères communs*, Québec, Gouvernement du Québec, 2007, en ligne : www.mels.gouv.qc.ca/sections/accommodement/pdf/RapportaccRaisonnable.pdf

Commission nationale consultative des droits de l'homme, *Rapport d'activités 2007 sur le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie*, France, République française, 2007, en ligne : <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/084000167/0000.pdf>

Commission de consultation sur les pratiques d'accommodements reliées aux différences culturelles, *Fonder l'avenir. Le temps de la conciliation*, Québec, Gouvernement du Québec, 2008, en ligne : <http://manuscritdepot.com/internet-litteraire/document-pdf.01/rapport-final-integral-fr.pdf>

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, *Document de réflexion : La Charte et la prise en compte de la religion dans l'espace public*, Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, 2008

Council of Europe, *The Margin of Appreciation*, Europe, The Council of Europe, 2008 en ligne: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp

Dewing, Michael, Leman, Marc *Canadian Multiculturalism*, Canada, Library of Parliament Information and Research Service, 2006

De Mortanges, René Pahud, *Religion and the Secular State in the Switzerland*, Switzerland, National Report, 2010

Equal Employment Opportunities Commission, *Compliance Manual: Religious Discrimination*, United States of America, Equal Employment Opportunities Commission, 2008

Eurel, Sociological and Legal Data on Religion in Europe, *Religious Minorities: Switzerland*, Europe, 2000 Census, en ligne: www.eurel.info/EN/index.php?rubrique=387&pais=23

France «Claude Guéant: Une laïcité respectée pour renforcer la cohésion nationale», France Portail du Gouvernement, 19 avril 2011 en ligne : <http://www.gouvernement.fr/gouvernement/claude-gueant-une-laicite-respectee-pour-renforcer-la-cohesion-nationale>

France, *Commission de réflexion sur le principe de laïcité dans la République : Lettre de mission*, France, 3 juillet 2003, p. 1-3

France, *Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la république*, France, Assemblée nationale, Rapport soumis le 11 décembre 2003, en ligne : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/034000725/0000.pdf>

Fribourg, *Diversité religieuse et culturelle à l'école : Recommandations à l'usage du corps enseignant et de l'administration scolaire*, Fribourg, Direction de l'instruction publique, de la culture et des sports, 2009

Geoffroy, Martin, *Le Mouvement laïque Québécois et la Laïcité au Canada*, Moncton, Canada, Institut de recherche sur les minorités linguistiques, 2007

Hammerli, Pascal, *Analyse : Crucifix dans les écoles en Europe : la polémique suisse et l'affaire Lautsi*, Suisse, Religioscope, 2012, en ligne : http://religion.info/french/articles/article_571.shtml

Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, *L'expression de la liberté religieuse au travail*, France, HALDE, 28 mars 2011, 11 p.

Helbling, Marc, *Islamophobia in Switzerland: A New Phenomenon or a New Name for Xenophobia*, Zurich, Department of Political Science, 2008

Ministère de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche, *Circulaire du 20 septembre 1994 relative au port des signes ostentatoires dans les établissements d'enseignement* (circulaire Bayrou), France, Ministère de l'éducation, 20 septembre 1994, en ligne : <http://www.islamlaicite.org/article134.html>

Ministère de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche, *Port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics*, Circulaire no. 2004-084 du 18-5-2004 JO du 22 s-2004, Bulletin officiel, No.21 du 27 mai 2004, en ligne : <http://www.education.gouv.fr/bo/2004/21/MENG0401138C.htm>

Ministère des relations avec les citoyens et de l'immigration, *Politique québécoise en matière d'immigration et d'intégration : Au Québec pour bâtir ensemble*, Québec, Gouvernement du Québec, 1990

Pew Forum on Religion & Public Life, *U.S. Religious Landscape Survey: Religious Affiliation Diverse and Dynamic*, Washington, Web Publishing, 2008 en ligne: <http://religions.pewforum.org/pdf/report-religious-landscape-study-full.pdf>

«Religion :Rastafari», British Broadcasting Corporation, (2012) en ligne : <http://www.bbc.co.uk/religion/religions/rastafari/>

Sénat du Canada, *Rapport du Comité mixte spécial pour modifier l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 concernant le système scolaire du Québec*, Canada, Gouvernement du Canada, en ligne : <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1031506&Mode=1&Parl=36&Ses=1&Language=F&File=6>

Statistique Canada, *Recensement de 2001, Séries « analyses » : Les religions au Canada*, Canada, Statistique Canada, 2003

Thucydide, «Les laïcités dans le monde : Le cas du Canada» Thucydide, Canada, 2005, en ligne : <http://www.thucydide.com/realisations/comprendre/laicite/canada.htm>

United Sikh, *Faits historiques et religieux en faveur de l'argument visant à permettre le port du turban par les Sikhs*, New York, United Sikhs, 2011, en ligne : http://www.unitedsikhs.org/rtt/french_press_room/pdf/9.pdf

Thèses

Ciceri, Coryse, *Le foulard islamique à l'école publique : analyse comparée du débat dans la presse française et québécoise francophone (1994-1995)*, Faculté des sciences de l'éducation, Université de Montréal, Septembre 1998

Dabby, Dia, *Triangulation of Rights, Balancing of Interests : Exploring the Tensions between Freedom of Conscience and Freedom of Religion in Comparative Constitutional Law*, Faculté de droit, Université de Montréal, Janvier 2010

Laliberté, Julie, *La liberté de religion et les intérêts de l'enfant au Canada*, Faculté de droit, Université de Montréal, Décembre 2004

Revue de presse

Aarika Mack, *Louisiana School District Relents, Allows Rastafarian Students' Deadlocks, Caps*, dans *Freedom Forum*, 25 Septembre 2000 en ligne: <http://www.freedomforum.org/templates/documents.asp?documentID=3630>

American Civil Liberties Association, *Communiqué de presse: Jewish Student Allowed to wear Star of David Pendant as Mississippi School Board Reverses Policy*, 24 août 1999, en ligne: <http://www.aclu.org/studentsrights/religion/12793prs19990824.html>

Freedom Forum Online, *Texas School Superintendent Allows Wiccan Student to Wear Pentacle*, le 12 septembre 2002, en ligne: <http://www.freedomforum.org/templates/document.asp?documentID=16948>

Learning, Jeremy, *Alabama School District Settles Dispute over Cross Necklace*, dans *First Amendment Center*, 1^{er} Mars 2000, en ligne: <http://www.freedomforum.org/templates/document.asp?documentID=11770>

O'Neil, Peter, «Is Canada up to the immigration challenge?», *The Ottawa Citizen* (25 septembre 2010), p. A6.

Radio Canada, «Québec garde le crucifix», 22 mai 2008, Radio-Canada, en ligne : <http://www.radio-canada.ca/nouvelles/National/2008/05/22/003-reax-BT-politique.shtml>

Radio Canada «Suisse : non aux minarets», 30 novembre 2009, en ligne : << <http://www.radio-canada.ca/nouvelles/International/2009/11/29/004-suisse-minarets-dimanche.shtml>>>

Radio Canada, «Des politiciens nourrissent une controverse sur la viande *halal*» 15 mars 2012 en ligne : <http://www.radio-canada.ca/nouvelles/Politique/2012/03/14/003-halal-pq-caq-viande.shtml>

Radio-Canada, «*Le PQ propose une charte de la laïcité*», 14 août 2012 en ligne : <http://www.radio-canada.ca/sujet/elections-quebec-2012/2012/08/14/006-pq-charte-laicite.shtml>

Raphaëlle, Rerolle, «Trois jeunes musulmanes élèves d'un collège de Creil. Trois foulards contre la sérénité laïque», *Le Monde*, (7 octobre 1989) p. 13

«Trois jeunes musulmanes exclues d'un collège de Creil», *Le Monde* (6 octobre 1989) p. 15

Table des jurisprudences des États

Jurisprudence américaine

Agostini c. Felton, 521 U.S. 203 (1997)

Albaghdady c. Callahan, No. 13372 (U.S. District Court of Eastern Michigan Southern Division - 2009)

Allegheny c. Association for Civil Liberties Union, 492 U.S. 573, 578 (1989)

Anderson c. Laird, 466 F.2d 283 (D.C. Cir. 1972)

Ansonia Board of Education c. Phillbrook, 479 U.S. 60 (1986)

Axson-Flynn c. Johnson, 356 F.3d 1277, 1295 (10th Circ. 2004)

Baker c. Home Depot, 445 F. 3d 541 (2d Cir. 2006)

Barron c. Mayor of Baltimore, 32 U.S. (7 Pet.) 243 (1833)

Bell c. Wolfish, [1979] USSC 82; 441 U.S. 520, 545 [1979] USSC 82; 99 S.Ct. 1861, 1877, 60 L.Ed. 2d 447 (1979)

Bint-Ishmawiy c. Vaughn, 1995 WL 461949 (E.D. Pa. 1995)

BJ Servs. Co., 921 F. Supp., § 1509; *Balint c. Carson City, Nevada*, 180 F.3d 1047, 1054 (9th Cir. 1999)

Brown c. Polk County, 61 F. 3d

Bushouse, 164 F. Supp. 2d 1066

Cantwell c. Connecticut, 310 U.S. 296 (1940)

Cary c. Carmichael, 907 F. Supp. 1334 (E.D. Va. 1995); *aff'd*, 116 F. 3d 472 (4th Cir. 1997)

Chalifoux c. New Caney Independent School District 976 F. Supp. 659 (S.D. Tex. 1997)

- Cheema c. Thompson*, 67 F. 3d 883 (Cal. 1994) (9th Cir. 1995)
- Church of Latter Day Saints c. United States*, 136 U.S. 1, 65 (1889)
- Church of Lukami Babalu Aye Inc., c. City of Hialeah*, 508 U.S. 520 (1993)
- City of Boerne c. Flores*, 521 U.S. 507 (1997)
- Close-It Enterprises Inc., c. Weinberger*, [1978] 64 A.D. 2d 686
- Cooper c. Eugene School District No. 4J*, 301 Or. 358, 723 P. 2d 298 (1986)
- Cupit v. Baton Rouge Police Department*, 277 So. 2d 454 (1973)
- Doe c. City of Clawson*, 915 F. 2d 244, 245 (6th Cir. 1990)
- Dreilbelbis c. J Marks*, [1984] USCA3 616; 742 F. 2d 792 (1984)
- EEOC c. Abercrombie & Fitch Stores Inc*, No. 09-CV-602-GKF-FHM
- EEOC c. Alamo Rent-a-Car LLC*, 432 F.Supp. 2d. 1006 (D. Arizona, 2006)
- EEOC c. American Airlines Inc.* 02C-6172 (N.D. III Aug. 28, 2002)
- EEOC c. Regency Health Associates*, No. 1:05-CV-2519 (N.D. Ga. 2 août 2007)
- Elmenayer c. AFB Freight Sys.*, 2001 WL 1152815 (E.D.N.Y. Sept. 20, 2001)
- Employment Division c. Smith* 494 U.S. 872, 890 (1990)
- Engel c. Vitale*, 370 U.S. 421, 430 (1962)
- Everson c. Board of Education*, 330 U.S. 1, (1947)
- Farah c. Whirlpool Corp.*, 3:02 cv 424 (M.D. Tenn. Oct. 16, 2004)
- Foster c. Neilson* 27 U.S. (2 Pet.) 253 (1829)
- Freeman c. State*, 2003 WL 21336819 (Fla. Cir. Ct. June 06 2003) (No. 2002-CA-2828)
Affirmed by *Freeman c. Department of Highway Safety and Motor Vehicles*, 924 So. 2d 48, 31 Fla. L. Weekly D537 (Fla.App. 5 Dist. Feb. 13, 2006) (No. 5D03-2296), rehearing denied (Mar. 29, 2006)

Geller c. Secretary of Defense 423 F. Supp. 16 (D.D.C. 1976)

Gerhardt c. Heid, 66 ND 444, 267 NW 127

Goldman c. Secretary of Defense, [1984] USCADC 313

Gonzalez c. Abercrombie & Fitch Stores, Inc., No. 03-2817 SI (N.D.Cal. 2004)

Hearn c. Muskogee Public School District, 020, No. CIV 03-598-S (E.D. Oklahoma 2004)

Hysong c. Gallitzin Borough School District, 164 Pa 629, 44 Am St Rep 632

In re Palmer, 386 A.2d 1112 (R.I. 1978)

Joseph c. State, 642 So. 2d 613 (Fla. Dist. Ct. App. 1994)

Kalinsky c. Secretary of Defense, NO. 78-17 (D.D.C. June 25, 1979)

Khalsa c. Weinberger, [1985] USCA9 705; 759 F.2d 1411 (1985)

La Rocca c. Lane, [1975] 37 NY2d 575, 579-581, cert denied, 424 U.S. [1976]

Lee c. Weisman, 505 U.S. 577 (1992)

Lemon c. Kurtzman, 403 U.S. 602 (1971)

Lynch c. Donnelly, 465 U.S. 668 (1984)

Marshall c. District of Columbia, 392, F. Supp. (1997)

McMillan c. State 265 A.2d 453 (Md. 1970)

Medina c. County of San Bernardino, No. 07-1600 (C. Distr. de la Californie),

Moshe Menora c. Illinois High School Association, 683 F.2d 1030 (7th Cir. 1982)

Muhammad c. Paruk, No. 07-11342 (U.S. Dist. Ct. Eastern District of Michigan Southern Division)

Murray c. City of Austin, 947 F 2d. 147, 149-50 (5th Cir. 1991)

O'Connor c. Hendrick, 184 NY 421, 77 NE 612, 7 LRA NS 402, 6 Ann Cas 432

O'Reilly c. New Times Co., 692 F .2d 863 (1995)

- Orloff c. Willoughby*, 345 U.S. 83, 94 (1953)
- Parker c. Levy*, 417 U.S. 733, 744-749 (1974)
- People c. DeMore* 258 N.Y.S.2d 10 (App. Term. 1965)
- People c. Mullins*, 50 Cal. App. 3d 61, 123 Cal. Rptr. 201 (1975)
- People c. Rodriguez* [1979] 40 NY 2d 588, 600-609
- People c. Woody*, 61 Cal. 2d 716, 394 P. 2d 813, 40 Cal. Rptr. (1964)
- Peterson c. Hewlett-Packard Co.*, 358 F.3d 599 (9th Cir. 2004)
- Raboy c. Crist*, [1991] USCA9 1756; 951 F.2d 361 (1991)
- Reynolds c. United States*, 98 U.S. 145, 164 (1878)
- Ryslik c. Krass*, 652 A.2d 767 (N.J. Super. App. Div. 1995)
- St Claire 'X' 80-1077 c. Cuyler* [1980] USCA3 775; 634 F. 2d 109
- Santa Fe Independent School District c. Doe*, 530 U.S. 290 (2000)
- Sherwood c. Brown JDB* [1980] USCA9 549; 619 F.2d 47 (1980)
- Singh c. Chevron*, 734 F.2d 1382 (U.S. Ct of Appeal 9th Cir.)
- Spanks-El c. Finley*, No. 85-C9259, 1987 U.S. Dist. LEXIS 3374 (N.D. III. Apr. 23, 1987)
aff'd, 845 F.2d 1023 (7th Cir. 1988)
- State c. Allen* 113 Ore. App. 306, 308 (Or. Ct. App. 1992)
- States c. Hodges*, 695 S.W.2d 171 (Tenn. 1985)
- Stein c. Oshinsky*, 348 F.2d 999, 1002 (2d. Cir. 1980)
- Sutton c. Providence St. Joseph Med Ctr.*, 192 F.3d 826 (9th Cir. 1999)
- Swann c. Pack*, 527 S.W 2d 99 (Tenn. 1975)
- Thomas c. Review Board of Ind. Employment Sec. Div.*, 450 U.S. 707 (1981)

Trans World Airlines c. Hardison, 432 U.S. 63 (1977)

United States c. Board of Education for School District of Philadelphia, 911 F. 2d 882

United States c. Kuch, 288 F. Supp. 439, D.D.C. (1968)

United States Ex Rel. Jones c. Rundle, [1971] USCA3 597; 453 F. 2d 147, 149 (3d Cir. 1971)

Valentine et Al., c. Douglasville, 14 décembre 2010 en ligne : <http://jurist.org/thursday/2011/12>

Van Orden c. Perry, 545 U.S. 677 (2005)

Wallace c. Jaffree, 472 U.S. 38 (1985)

Watson c. Jones, 80 U.S. (13 Wall.) 679. 728 (1871)

Webb c. City of Philadelphia 2007 U.S. Dist. LEXIS 46872 (E.D.Pa. 2007), *aff'd*, 562 F.3d 256 (3d Cir. 2009)

Wilshin c. Allstate Ins. Co., 212 F. Supp. 2d 1360 (M.D. Ga. 2002)

Wisconsin c. Yoder, 406 U.S. 205, § 215-216 (1972)

W. Va. State Board of Education c. Barnette, 319 U.S. (1943)

Whyte c. United States, 471 A. 2d 1018 (D.C. 1984)

Zellers c. Huff, 55 NM 501, 236 P2d 949

Zobrest c. Catalina Foothills School District, 509 U.S. 1 (1993)

Jurisprudence canadienne

Adler c. Ontario [1996] 3 R.C.S. en ligne : <http://csc.lexum.org/fr/1996/1996rcs3-609/1996rcs3-609.html>

Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony [2009] 37 CSC

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

Bruker c. Markovitz [2007] 3 R.C.S. 607, 2007

Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission), [1990] 2 R.C.S. 489

Chamberlain c. Surrey District No. 36, [2002] 4 R.R.S. 710

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

Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears, [1985] 2 R.C.S. 536, 554

Commission ontarienne des droits de la personne c. Peel Board of Education, [1991] 80 D.L.R. (4th) 475, § 479 (Cour divisionnaire de l'Ontario)

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

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

Fathi-Rad c. Canada (Secrétaire d'État) (1994), 77 F.T.R. 41

Grant c. Canada (Procureur général) (1995) Cour fédérale T-499-91

Grewal c. Checker Cabs Ltd (1988) 9 C.H.R.R. D/4855 (Alta Bd. Inq)

Kempling c. British Columbia College of Teachers [2005] BCCA 327 (CANLII)

Khalsa c. Co-op Cabs (1988), 1 C.H.R.R. D/167 (Ont. Bd. Inq.)

Kinexus Bioinformatics Corp., c. Asad (2010) BCHRT 293 (demandes de revisions judiciaires rejetées) *Kinexus Bioinformatics Corporation., c. Asad* (2010) BCSC (CANLII)

Loomba c. Home Depot Canada (2010) HRTO 134, HR-1634-08

Maurice c. Canada (Attorney General) (2002) 210 D.L.R. (4th) 186 (C.F.)

Multani c. Commission scolaire Marguerite Bourgeoys [2006] CSC 6

Namitabar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), 1993 CanLII 3019 (C.A.F.) [1994] 2 C.F. 42, 78 F.T.R. 1

N.S. c. R [2012] CSC 72

O'Sullivan c. M.R.N.[1992] 1 C.F. 522, p. 536

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

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

Qureshi c. G4S Security Services (2009) HRTO 409 (CANLII)

R c. Badesha, (2011) ONCJ 284 (CANLII)

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

Ross c. Conseil scolaire du district no. 15 du Nouveau-Brunswick, [1996] 1 R.C.S. 825

R c. Edwards Books and Art Ltd., [1986] 2 R.C.S. 716

R c. Hothi et al., (1985), 35 Man. R. (2nd) 159 (C.A. Man.)

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

R. c. Videoflicks Ltd., 1984 CanLII 44 (ON CA)

Randhawa c. Tequila Bar & Grill, (2008) AHRC 3 (CANLII)

Re Singh et Al., and the Queen (1985), 18 C.C.C. (3d) 31

Remillard c. Alary (1994) CANLII (Cour municipale du Québec)

Ross c. Conseil scolaire du district no. 15 du Nouveau-Brunswick, [1996] 1 R.C.S. 825

S.L. c. Commission scolaire des Chênes [2012] R.C.S. 235

Saadi c. Audmax, 2009 HRTO 1627 (CANLII)

Syndicat Northcrest c. Anselem, [2004] 2 R.C.S. 551

Sehdev c. Bayview Glen Junior Schools Ltd., (1988) 9 C.H.H.R.R. D/4881 (Cour de l'Ontario)

Tuli c. St. Albert Protestant Separate School District No. 6, [1985] 8 C.H.R.R. D/3906 (Cour du Banc de la Reine de l'Alberta.)

V.M.H (Re) [2002] R.P.D.D. No. 251

Ville de Saguenay, Jean Tremblay c. Mouvement Laïque Québécois, Alain Simoneau, 27 mai 2013, No. 200-09-007328-112

Weatherall c. Canada (Procureur général), [1993] 2 R.C.S. 872

West Island Teachers' Association c. Nantel, (1988) R.J.Q. 1569 (C.A.)

Yousoufi c. Toronto Police Services Board, (2009) HRTO 351 (CANLII)

Jurisprudence française

Conseil Constitutionnel, Décision no. 77-87 DC du 23 novembre 1977, G.D. No. 25; confirmée par la décision no. 2001-446 DC du 27 juin 2001, G.D. No. 23

Conseil Constitutionnel, 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public* (Avis), (2010) Décision no. 2010-613 DC [Conseil constitutionnel, *Loi interdisant la dissimulation du visage*] en ligne :<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2010/2010-613-dc/decision-n-2010-613-dc-du-07-octobre-2010.49711.html>

Conseil d'État, 10 mai 1912, *abbé Bouteyre, S.*, 1912, 3

Conseil d'État, 28 avril 1938, *Dlle Weiss*, Rec. 1939, 379

Conseil d'État. 8 décembre 1948, *Demoiselle Pasteau, R.D.P.*, 1949, p.73

Conseil d'État, 27 novembre 1989, *Avis consultatif*, Rec. 1989, 461 [Avis]

Conseil d'État, 27 novembre 1989, *Le principe de laïcité et les signes d'appartenance à une communauté religieuse dans les écoles* (Avis), (1991) 3 R.U.D.H. 152

Conseil d'État, 14 mars 1994, *Ministre de l'éducation nationale c. Yilmaz*, No. 172174

Conseil d'État, 10 mars 1995, *Ministre de l'éducation nationale c. Aoukili*, No. 173104

Conseil d'État, Avis du 14 avril 1995 (deux espèces), *Consistoire central israélites de France et autres, et Koen*, R.F.D.A. 1995, p.58

Conseil d'État 20 mai 1996, *ministre de l'Éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche c. M. Ali*, no. 170343

Conseil d'État, 26 juillet 1996, *Université de Lille II*, no. 170106

Conseil d'État, 27 novembre 1996, *ministre de l'Éducation nationale c. Mlle Saglamer*, no. 169522 (lexis)

Conseil d'État, 27 novembre 1996, *ministre de l'Éducation nationale c. M.Khalid et Mme Sefiani*, no. 172787

Conseil d'État, 9 octobre 1996, *ministre de l'Éducation nationale, de l'enseignement supérieur, de la recherche et de l'insertion professionnelle c. Mlle Unal*, no. 172725, Inédit (Lexis)

Conseil d'Etat, 27 novembre 1996, *Ministre de l'éducation nationale c. M. et Mme Tlaouzi*, No.172176 ;

Conseil d'Etat, 27 novembre 1996, *Ministre de l'éducation nationale c. Ligue islamique du Nord*, No. 172177

Conseil d'Etat, 27 novembre 1996, *M. et Mme Wissaadane et M. et Mme Hossein Chedouane c. Ministre de l'éducation nationale*, No. 172175

Conseil d'État, 10 mars 1997, *ministre de l'éducation nationale c. Mlle X*, No. 169526

Conseil d'État, 2 avril 1997, *ministre de l'Éducation nationale c. époux Mehila*, no. 173103 (Lexis Nexis)

Conseil d'État, 2 avril 1997, *ministre de l'éducation nationale c. Mlles Soraya, Aicha, Maskour, Fatima B, Zahra Z*, No. 173103

Conseil d'État, 5 novembre 1997 *ministre de l'éducation nationale c. Mlle Ayse X*, No 172721

Conseil d'État, 20 octobre 1999, *ministre de l'éducation nationale c. M. et Mme X Ahmad*, No. 181486

Conseil d'État, 3 mai 2000, *Marteaux*, Rec. 2000. 169

Conseil d'État, 15 décembre 2006, *Association United Sikhs*, No. de requête 289946

Cour administrative d'appel de Lyon, *M. et Mme X c. Commune D'Annecy*, 6 mars 2012 (Requête) No. 10LY02856

Cour administrative d'appel de Lyon, 19 décembre 1997, *ministre de l'éducation nationale c. Mlles Nabila et Hind*, No. 96LY02608;

Cour administrative d'appel de Nancy, 2 mai 1996, *ministre de l'éducation nationale c. Mlle X*, No. 95NC01838

Cour d'appel de Paris, *Affaire Delila Tahri*, 19 juin 2003

Cour d'appel de Paris, *Affaire du Centre de formation des apprentis francilien*, 14 août 2010

Cour d'appel de Paris, 9 Novembre 2011, en ligne : http://www.lepoint.fr/chroniqueurs-du-point/laurence-neuer/le-foulard-dans-l-entreprise-un-casse-tete-juridico-religieux-15-12-2011-1409111_56.php

Cour d'appel de Versailles, *Affaire Baby Loup*, 27 octobre 2011

Cour de cassation. 17 oct. 1973, (1974), *Juris Classeur*, II, 1, p. 7698

Cour de cassation. 16 déc. 1981, *Bulletin. civile.*, n°968, p.719

Cour de cassation. 6 juin 1991, *Bulletin. civile.*, n°968, p.720

Tribunal administrative de Marseille, *Ville de Marseille*, 17 avril 2007, (Requête) No. 0605998; 0606190; 0608297

Tribunal administratif de Marseille, *Sarl, Boyauderie Triperie Méditerranéenne et autres*, 20 octobre 2011, (Requête) No. 1001661, 1104204

Tribunal administratif de Marseille, 20 octobre 2000 *Mlle Montailier c. IUFM de l'académie d'Aix-Marseille*, p. 6

Tribunal administratif de Paris, 25 mars 1999, requête no. 9616402/5,0;

Cour d'appel administratif de Paris, 24 janvier 2002, requête no. 99 PA 03034,0

Tribunal administratif de Versailles, 14 mai 1992, *Mlle Brazza* (1992) R. S., p. 549

Jurisprudence suisse

Tribunal fédéral, ATF 11 : IA 82

Tribunal fédéral ATF : 119 IA, 178

Tribunal fédéral, *X c. Canton de Berne*, BGE 135 I 79

Tribunal fédéral, *X c. Conseil d'État du Canton D'Argovie*, ATF 134 I 149

Tribunal fédéral, *X c. Canton de Genève*, A.T.F. 123

Tribunal fédéral, *X c. Conseil d'État du Canton de Schaffhouse*, ATF 135 I 79

Tribunal fédéral, *X c. Canton de Zurich*, A.T.F. 119