

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

- Titre :** L'ÉTAT ET LA DIVERSITÉ RELIGIEUSE AU CANADA : UNE POSSIBLE HISTOIRE DU PRINCIPE DE NEUTRALITÉ DE L'ÉTAT
- Auteur(s) :** Nadia BOUTOUBA
Stéphane BERNATCHEZ
- Revue :** *RDUS*, 2013, numéro Hors_série
- Pages :** 9-48
- ISSN :** 0317-9656
- Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.
- URI :** <http://hdl.handle.net/11143/10245>
- DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/10245>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

L'ÉTAT ET LA DIVERSITÉ RELIGIEUSE AU CANADA : UNE POSSIBLE HISTOIRE DU PRINCIPE DE NEUTRALITÉ DE L'ÉTAT*

par Nadia BOUTOUBA**
Stéphane BERNATCHEZ***

Afin d'apporter un éclairage historique aux débats actuels sur la neutralité de l'État, le présent article retrace l'évolution ou, à tout le moins, une évolution possible, du principe de neutralité de l'État en droit constitutionnel canadien. Les auteurs s'intéressent dans la première partie à la période d'après la conquête alors que la paix religieuse était recherchée. La deuxième partie est consacrée à l'examen des privilèges constitutionnels reconnus par le régime fédéral de 1867. La troisième et dernière partie porte sur l'importante remise en cause de tels privilèges en vertu du régime des droits et libertés constitutionnalisés depuis 1982. Malgré la protection constitutionnelle de la liberté de conscience et de religion ainsi que du droit à l'égalité qui constituent les fondements juridiques de la neutralité de l'État, cette dernière demeure encore aujourd'hui un projet inachevé.

In order to present an historical perspective of the current debate relating to the concept of state neutrality, the writers retrace the evolution or, at least the plausible evolution of this principle in Canadian constitutional law. The first part of the article examines the Post-Conquest period where the primary objective was to ensure religious peace. In the second part, the writers review certain constitutional privileges recognized under the federal regime of 1867. The third and final part of the article deals with the re-evaluation of these privileges in light of certain constitutional rights and freedoms in effect since 1982. Despite constitutional protection of the freedom of conscience and religion as well as of the right to equality, which constitute the legal foundations of the principle of neutrality of the state, the notion of state neutrality must still be considered an unfinished project.

*. Ce texte a été écrit sur la base du rapport de recherche rédigé par Nadia Boutouba et dirigé par Stéphane Bernatchez : Nadia Boutouba, « La neutralité de l'État et la pluralité religieuse : évolution historique, des origines à nos jours », rapport préparé pour le SoDRUS à l'automne 2011.
**. Doctorante à la Faculté de droit de l'Université de Montpellier 1.
***. Professeur agrégé à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke et chercheur au Centre de recherche Société, Droit et Religion de l'Université de Sherbrooke (SoDRUS).

SOMMAIRE

I.	Après la Conquête, la recherche de la paix religieuse	14
II.	Les compromis et les privilèges religieux au sein du régime fédéral	26
III.	La protection constitutionnelle du principe de neutralité en vertu de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>.....	36
	Brève conclusion d'une longue histoire	47

Les débats contemporains sur les rapports entre l'État et la religion continuent de montrer les insuffisantes conceptualisations des principes juridiques et constitutionnels devant servir à assurer la gouvernance d'une société démocratique dans un contexte pluraliste. L'examen de l'évolution historique des rapports entre l'État et la religion paraît d'autant plus pertinent que, « depuis une vingtaine d'années, la question de la place de la religion dans l'espace public – que plusieurs croyaient, à tort, réglée – a commencé à revenir de manière récurrente dans l'actualité québécoise »¹. Après le débat sur les accommodements raisonnables², qui a culminé avec le rapport Bouchard-Taylor³, le Québec se trouve aujourd'hui dans un débat sur la laïcité qui nécessite l'approfondissement de la réflexion.

À elle seule, la récente décision de la Cour d'appel du Québec sur la prière et les symboles religieux aux assemblées publiques du conseil municipal de la ville de Saguenay⁴ justifie pleinement la poursuite de l'analyse des concepts juridiques afin non seulement d'éclairer l'état du droit, mais aussi de le faire évoluer. Le jugement de la Cour d'appel confond notamment la

-
1. Paul EID, « Accommoder la différence religieuse dans les limites du raisonnable : regards croisés du droit et des sciences sociales », dans Myriam JÉZÉQUEL (dir.), *La justice à l'épreuve de la diversité culturelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 105, à la page 107.
 2. Stéphane BERNATCHEZ, « Les enjeux juridiques du débat québécois sur les accommodements raisonnables », (2007) 38 *R.D.U.S.* 233; Stéphane BERNATCHEZ, « Un rapport au droit difficile - La commission Bouchard-Taylor et l'obligation d'accommodement raisonnable », dans *Droits de la personne – Étique et droit : nouveaux défis*, Actes des journées strasbourgeoises 2008, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 69; Stéphane BERNATCHEZ, « Accommodements raisonnables et gouvernance: le rôle du juge, au-delà de l'interprétation et de la création du droit à l'égalité », dans Christian BRUNELLE et Patrick A. MOLINARI (dir.), *Accommodements raisonnables et rôle de l'État : un défi démocratique*, Congrès de l'Institut canadien d'administration de la justice, Québec, 2009, p. 371.
 3. COMMISSION DE CONSULTATION SUR LES PRATIQUES D'ACCOMMODEMENT RELIÉES AUX DIFFÉRENCES CULTURELLES, *Fonder l'avenir. Le temps de la conciliation*, Rapport, coprésidents Gérard BOUCHARD et Charles TAYLOR, 2008.
 4. *Saguenay (Ville de) c. Mouvement laïque québécois*, [2013] QCCA 936.

place de la religion dans l'espace politique et dans l'espace public. C'est ainsi, par exemple, que la croix du Mont-Royal sert d'élément pour justifier la récitation de la prière par le maire, le conseil municipal et les principaux fonctionnaires à l'occasion des assemblées publiques du conseil municipal de la ville de Saguenay. Cette confusion entre l'obligation de neutralité impartie à l'État et la préservation de la tradition culturelle et du patrimoine religieux, la Cour d'appel l'appuie sur une notion de neutralité bienveillante qui permet en l'espèce un renversement du respect qui doit être accordé à la liberté de conscience et de religion, c'est-à-dire au profit du maire plutôt que du citoyen qui a porté plainte pour discrimination.

Afin de penser aujourd'hui ce principe de neutralité de l'État dans notre droit, il importe d'en établir la généalogie à travers l'examen de l'histoire constitutionnelle du Canada et du Québec. Le présent texte vise à montrer que, dans notre régime constitutionnel, le principe de neutralité de l'État, qui permet d'organiser la liberté de conscience et de religion ainsi que le droit à l'égalité dans une société marquée par le pluralisme, a connu une évolution lente et progressive et demeure, comme la modernité elle-même, un projet inachevé⁵.

Au Canada et au Québec, alors que la réflexion contemporaine sur les rapports que l'État, que ce soit l'État fédéral ou l'État provincial, entretient avec la diversité religieuse amène, bien évidemment, à invoquer le principe de neutralité de l'État, il n'en fut pas toujours ainsi. En fait, pour comprendre l'émergence, dans la seconde moitié du XXe siècle, et de manière tout à fait progressive, de ce principe de neutralité, il convient d'examiner le rapport historique que l'État canadien a entretenu avec le fait religieux, et ce, depuis la Conquête et la création du régime anglais jusqu'à l'avènement du mouvement de reconnaissance des droits et libertés et du « fait du pluralisme » tel que révélé par la philosophie politique contemporaine –

5. Jürgen HABERMAS, « La modernité, un projet inachevé », (1981) 413 *Critiques* 950.

notamment la philosophie de John Rawls⁶. L'hypothèse qu'il est possible d'esquisser sur cette base consiste à penser que le développement du principe de neutralité de l'État traduit d'abord la volonté, au nom du principe d'égalité et du respect de la liberté de conscience et de religion de tous, de marquer une rupture, à l'ère séculière, par rapport à cette instrumentalisation de l'État et ses interventions religieuses dans les institutions politiques, sociales et juridiques. En cette matière, le droit à l'égalité impose à l'État de ne pas adopter de mesures discriminatoires sur la base de la religion, tandis que la liberté de conscience et de religion confère non seulement les libertés positive et négative d'exercer sa religion – non seulement le droit de croire et de l'exprimer, le droit de manifester ses croyances, le droit ne pas être forcé ou contraint, « directement ou indirectement, d'embrasser une conception religieuse ou d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience » –, mais aussi l'obligation de neutralité de l'État qui « l'empêche de privilégier ou de défavoriser une religion par rapport aux autres »⁷, ou même de favoriser les croyances religieuses par rapport aux autres convictions.

Différentes grilles interprétatives sont, bien sûr, envisageables afin de comprendre cette évolution, tant dans ses lenteurs du passé que dans son accélération plus contemporaine vers la neutralité. Parmi les perspectives possibles, il faut bien sûr considérer la piste maintes fois affirmée en histoire constitutionnelle du Canada, et qui fait de ces concessions traditionnellement consenties aux catholiques des moyens « afin d'assurer une stabilité politique propice au maintien du régime anglais »⁸. Suite à la Conquête de 1760 alors que les francophones catholiques formaient la majorité de la population du Canada,

6. John RAWLS, *Libéralisme politique*, Paris, PUF, 1995.

7. José WOEHLING, « La place de la religion dans les écoles publiques du Québec », (2007) *R.J.T.* 651, 657.

8. Sébastien LEBEL-GRENIER, « La religion comme véhicule d'affirmation identitaire : un défi à la logique des droits fondamentaux », dans Paul EID, Pierre BOSSET et al. (dir.), *Appartenances religieuses, appartenance citoyenne. Un équilibre en tension*, Québec, PUL, 2009, p. 123, à la page 124.

l'Acte de Québec de 1774 leur a en effet accordé certains droits en matières linguistique et religieuse, ce qui peut être compris comme une mesure législative du Parlement britannique visant à préserver l'allégeance des nouveaux sujets britanniques, surtout dans le climat révolutionnaire qui régnait à l'époque dans les colonies américaines.

Dans le présent texte, nous souhaitons reconstruire certaines des étapes les plus significatives de cette évolution vers la neutralité de l'État, ou sa quasi-neutralité. La présentation suivra donc ce fil historique, d'abord (I.) l'évolution préfédérative dans la première partie, la situation durant le régime fédéral en deuxième partie (II.), puis, dans la dernière partie (III.), l'état du droit sous le régime des droits et libertés constitutionnalisés en 1982.

I. Après la Conquête, la recherche de la paix religieuse

Dès les capitulations de Québec du 18 septembre 1759 et de Montréal du 8 septembre 1760, l'importance du fait religieux dans la gestion de la colonie conquise représentait un enjeu important. Les textes des deux capitulations répondaient à des « demandes » relatives au maintien du libre exercice de la religion catholique. En effet, l'article VI de la capitulation de Québec prévoyait « que l'exercice de la religion catholique, Apostolique et Romaine sera conservé : que l'on donnera des sauvegardes aux maisons ecclésiastiques, religieux et religieuses, particulièrement à Monseigneur l'Évêque de Québec, qui, rempli de zèle pour la religion, et de charité pour les peuples de son diocèse, désire y rester constamment, exercer librement et avec la décence que son état et les sacrés ministères de la religion Romaine (...) jusqu'à ce que la possession au Canada ait été décidée par un traité entre sa majesté très-chrétienne et sa majesté Britannique »⁹.

9. Siméon PAGNUELO, *Études historiques et légales sur la liberté religieuse en Canada*, Montréal, Éditions C.O. Beauchemin et Valois, 1872, p. 11.

Il en était de même à l'article XXVII de la capitulation de Montréal aux termes duquel « le libre exercice de la religion Catholique, Apostolique et Romaine subsistera en son entier »¹⁰. Concernant le paiement de la dîme, il était demandé que « ces peuples seront obligés par le gouvernement anglais à payer aux prêtres qui en prendront soin les dîmes et tous les droits qu'ils avaient coutume de payer sous le gouvernement de Sa Majesté très-Chrétienne »¹¹ et à l'article XXX prévoyant que « Sa Majesté Très-Chrétienne continuerait à nommer l'évêque de la colonie »¹². À des fins égalitaires comme nous dirions aujourd'hui, parmi les « revendications » figurait l'article XL qui disposait : « les Sauvages ou Indiens alliés de sa Majesté Très-Chrétienne (...) auront, comme les français, la liberté de religion »¹³.

Le 10 février 1763, le traité de paix définitif est signé. Ce traité confirme la concession du pays aux Britanniques et le Canada est appelé « province of Quebec ». Le contenu du texte permet de sceller certains engagements, dont le fait que « Sa Majesté Britannique (...) consent à accorder la liberté de la religion catholique aux habitants du Canada. Elle donnera en conséquence les ordres les plus efficaces pour que ses nouveaux sujets catholiques romains puissent professer le culte de leur religion, selon les rites de l'Église de Rome, autant que les lois d'Angleterre le permettent »¹⁴.

Dès ce moment, l'exercice de la religion catholique se voit reconnu mais « soumis » au bon vouloir du roi anglais¹⁵, dont la

10. *Id.*

11. *Id.*, p. 11-12.

12. *Id.*, p. 12.

13. *Id.*, p. 13. Néanmoins il semble que ce ne soit qu'une égalité « illusoire », seuls ceux qui s'étaient convertis étaient concernés par cette disposition.

14. À l'article 4 du traité, *id.*, p. 16.

15. À titre d'illustration, après la mort de son évêque en 1760, l'Église catholique devra attendre six ans avant d'être autorisée à sacrer un nouvel évêque. Paul-André LINTEAU, *Histoire du Canada*, 3^{ème} édition, France, Presses universitaires de France, 2007, p. 42.

religion était différente¹⁶, et les termes utilisés laissaient supposer une possible limitation de cette liberté, ce qui fut explicitement indiqué par le secrétaire d'État d'Egremont à Murray lors de sa nomination en tant que gouverneur du Canada :

Bien que le roi, par le 4^{ème} article du traité définitif, ait consenti à accorder la liberté de pratiquer la religion catholique aux habitants du Canada et que Sa Majesté n'ait pas la moindre intention d'empêcher Ses nouveaux sujets catholiques romains de pratiquer le culte de leur religion suivant les rites de l'Église romaine, néanmoins, la condition exprimée par le même article ne doit pas être perdue de vue, savoir : en tant que le permettent les lois de la Grande-Bretagne, lesquelles lois n'admettent absolument pas de hiérarchie papale dans aucune possession appartenant à la couronne de la Grande-Bretagne et ne pouvant que tolérer l'exercice de cette religion¹⁷.

Ainsi, la demande relative à la nomination des évêques par « Sa Majesté Très-Chrétienne » formulée dans l'article XXX fut refusée et le paiement de la dîme dépendait (également) de la volonté du roi alors qu'elle subvenait aux besoins du clergé¹⁸.

L'intervention du roi pour permettre à la religion catholique d'être exercée librement et pour autoriser le paiement de la dîme a suscité la crainte de la part de la communauté catholique, et ce, d'autant qu'« à cette époque les lois de l'Empire étaient des plus sévères contre les catholiques; il n'y avait pas même d'Évêque catholique dans la Grande-Bretagne, à cause des statuts persécuteurs d'Élisabeth, qui abolissait l'autorité même spirituelle du Pape dans tout le royaume et les colonies, et déclaraient nuls

-
16. Et qui doit être, dès 1701, obligatoirement de religion anglicane. Gérald-A. BEAUDOIN, « Considérations sur l'influence de la religion en droit public au Canada », (1984) 15 *R.G.D.* 589, 592.
17. Michel BRUNET, Guy FRÉGAULT, Marcel TRUDEL, *Histoire du Canada par les textes*, 2^{ème} édition, Montréal, Fides, 1956, p. 103.
18. S. PAGNUELO, *Études historiques et légales sur la liberté religieuse en Canada*, préc., note 9, p. 12.

tout pouvoir et juridiction dérivés de Rome; enseigner ou soutenir cette autorité, constituait, pour la troisième offense, un crime de haute trahison; la seconde conviction entraînait la peine de proemunire : cette peine consistait à perdre la protection du roi, à être emprisonné, et à perdre tous ses biens par confiscation »¹⁹.

Ce qui était d'autant plus problématique pour la religion catholique est qu'à cette époque, la religion avait une importance capitale pour le roi d'Angleterre tout comme c'était le cas pour le roi de France. Et, il était déclaré que la couronne d'Angleterre « ne dépendait que de Dieu, et n'était soumise qu'à lui seul, et par conséquent, le roi était le Chef suprême de l'Église Anglicane »²⁰. Comme a pu l'affirmer l'historien Marcel Trudel : « En Nouvelle-France, toute loi de l'Église devenait une loi de l'État : à partir de 1763, les lois de l'Église catholique romaine ne deviennent plus des lois de l'État; des chapelles catholiques servent aux officiers de l'Église protestante; le Collège des Jésuites, l'unique collège du pays se transforme en casernes. Toute la société française, doit s'ajuster à la présence anglaise »²¹.

Autant dire que la neutralité dans les débuts de la domination anglaise ne faisait pas partie des règles existantes, même implicitement. Bien au contraire, les plus hauts dirigeants avaient des pouvoirs en matière religieuse puisque le Parlement permit à la reine d'abolir ou d'ordonner un rite ou une cérémonie religieuse, de mettre en place des cours ecclésiastiques et d'autoriser toute personne née sujet anglais à exercer une juridiction ecclésiastique. Aussi la religion du roi était privilégiée, ce qui est contraire à la conception de la neutralité selon laquelle la liberté de religion d'un point de vue négatif signifie de ne pas favoriser ou défavoriser une religion. Une université anglaise a même entrepris des démarches de conversion des catholiques. Pour cela, des indications ont été mises en place pour mener à

19. *Id.*, p. 17.

20. *Id.*, p. 18.

21. Marcel TRUDEL, « Un Québec qu'on ne voit plus », dans Jacques LEMAIRE (dir.), *La laïcité en Amérique du nord*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 11, à la page 12.

bien cette mission, et ce, sans « violence » telle que « ne jamais parler contre le papisme en public, mais le miner sourdement », « rendre ridicules les cérémonies religieuses qui frappent ce peuple »²².

Dans le même sens, le serment du Test est apparu dès 1764. Ce serment comprenait « une abjuration du Pape, une abjuration des descendants de Jacques II, une déclaration contre la transsubstantiation et contre les cultes des saints et de la vierge »²³ et, était obligatoire pour pouvoir accéder à une charge publique. Les catholiques ayant refusé de prêter ce serment se voyaient interdire l'accès à de telles fonctions.

Néanmoins, ces propos peuvent malgré tout être nuancés car « comme les Anglais du pays n'étaient pas tous compétents à remplir les postes de l'administration, Murray et Carlton durent faire appel à quelques Canadiens sans exiger d'eux le serment du Test »²⁴. Aussi, malgré les prérogatives attribuées à Sa Majesté, celle-ci n'a jamais créé de cour de juridiction ecclésiastique²⁵.

Malgré cette absence de neutralité, dans les faits, la cohabitation entre la religion anglicane et la religion catholique s'est faite sans grande tension²⁶, sans trouble effectif²⁷ à l'exercice

22. François-Xavier GARNEAU, *Histoire du Canada depuis sa découverte jusqu'à nos jours*, vol. 2, Montréal, Beauchemin & Valois, 1883, p. 397.

23. Michel BRUNET, Guy FRÉGAULT et Marcel TRUDEL, *Histoire du Canada par les textes*, Montréal, Fides, 1961, p. 109.

24. *Id.*

25. S. PAGNUELO, *Études historiques et légales sur la liberté religieuse en Canada*, préc., note 9, p. 41.

26. Micheline MILOT et José WOEHLING, « Canada », dans Francis MESSNER (dir.), *Dictionnaire Droit des religions*, Paris, Éditions du C.N.R.S., 2010, p. 125. Selon ces auteurs « la nouvelle gouvernance britannique se doit d'assurer la loyauté des habitants et la stabilité de la colonie conquise et met plutôt en œuvre des aménagements visant des effets d'apaisement social ». Ils ajoutent concernant la proclamation royale de 1763 reconnaissant aux catholiques la liberté de culte que « les gouverneurs sont censés agréer les nominations des curés, mais l'Église romaine conserve une large autonomie. »

de la religion catholique, bien que certaines instructions ou propositions avaient pour objet, selon certains, de bafouer un tel droit²⁸. Comme l'affirme Micheline Milot : « Si, après la Conquête britannique, la société canadienne-française se trouve en situation de sujétion politique, on n'y trouve guère de conflits religieux : des limitations sont imposées, les hiérarchies traditionnelles sont ébranlées, mais aucune répression des cultes n'est exercée »²⁹. L'une des explications qui peut être apportée est la fidélité des Canadiens français à la couronne anglaise³⁰. Celle-ci leur permit d'obtenir une plus grande liberté dans l'exercice de leur religion avec l'Acte de Québec de 1774³¹.

En effet, face à la menace des colonies américaines, cette loi a été adoptée par le Parlement de Westminster, en 1774, et sanctionnée par le roi Georges III le 22 juin 1775³². Comme l'indique Sébastien Lebel-Grenier :

rapidement après la conquête anglaise de 1760, des concessions ont dû être consenties aux francophones catholiques afin d'assurer une stabilité politique propice au maintien du régime anglais. De fait l'un des objectifs principaux de l'Acte de Québec est de réhabiliter la religion

27. S. PAGNUELO, *Études historiques et légales sur la liberté religieuse en Canada*, préc., note 9, p. 45. « les premières instructions du bureau colonial au gouverneur Murray tendaient à persécuter les catholiques, clergé et habitants, en violation directe des capitulations et du traité. Mais on n'insista jamais sur leur exécution, et bientôt le bureau colonial revint à des idées plus conformes au droit et à la justice ». Il indique aussi (p. 28) que « l'Église a toujours joui en pratique, avant comme depuis l'acte de Québec, de sa liberté jusqu'à ce que, dans la suite des événements, elle parvint à obtenir une reconnaissance définitive... »

28. *Id.*, p. 46.

29. Micheline MILOT, *La laïcité*, Montréal, Novalis, 2008, p. 68.

30. *Id.*

31. Maurice OLLIVER, *Le Canada pays souverain? Le statut de Westminster*, Éditions Albert Lévesque, 1935, pp. 21-22. Selon l'auteur, l'acte de Québec constitue une si grande évolution positive qu'elle a été appelé par certains « la grande charte de nos libertés canadiennes » (p. 21).

32. Antonio PERRAULT, « Religion culture et liberté au Canada », travail présenté à la Semaine sociale de Montréal le 23 septembre 1945, École sociale populaire, 1946, p. 15.

catholique, du moins dans les affaires privées. Il n'en demeure pas moins que dans ce contexte les institutions relevant du clergé, telles que les écoles et les hospices, ont pu se réapproprier un espace public dont elles avaient été largement évincées lors de la conquête³³.

L'Acte de Québec poursuivait donc, comme l'indiquent aussi très justement Micheline Milot et José Woehrling, « cette visée pacificatrice »³⁴. Le droit civil français a été rétabli, mais le droit public anglais a été maintenu, dont le droit criminel. L'article 5 de l'acte prévoyait le prélèvement de la dîme par l'Église catholique : « pour la plus entière sûreté et tranquillité des esprits des habitants de la dite province, il est par ces présentes déclaré, que les sujets de sa Majesté professant la Religion de l'Église de Rome dans ladite province de Québec peuvent avoir, conserver et jouir du libre exercice de la Religion de l'Église de Rome, soumise à la Suprématie du Roi, (...) et que le Clergé de la dite Église peut tenir, recevoir et jouir de ses dus et droits accoutumés eu égard seulement aux personnes qui professent la dite Religion »³⁵, mais à condition que le surplus soit utilisé pour l'entretien et le maintien du clergé protestant. De plus, le serment du test établi en 1764 a été aboli comme le montre cet extrait : « qu'aucune personne professant la religion de l'Église de Rome et résidant dans la dite province, ne soit tenue de prêter le serment requis par ledit statut voté dans la première année du règne de la reine Elizabeth, ou tout autre serment qui lui a été substitué par un autre acte »³⁶. Il

33. S. LEBEL-GRENIER, « La religion comme véhicule d'affirmation identitaire : un défi à la logique des droits fondamentaux », préc., note 8, p. 123 et 124.

34. M. MILOT et J. WOEHLING, « Canada », préc., note 26, p. 125.

35. *Id.* il est intéressant de noter que les « termes sous la suprématie du roi » constituaient une clause limitative de l'exercice ce de droit. Mais par l'intervention du gouverneur Carleton, qui ne tenu pas compte des instructions de son gouvernement, ceci resta lettre morte. Voir M. BRUNET, G. FRÉGAULT et M. TRUDEL, *Histoire du Canada par les textes*, préc., note 23, p. 124.

36. M. BRUNET, G. FRÉGAULT et M. TRUDEL, *Histoire du Canada par les textes*, préc., note 23, p. 119.

est remplacé par un serment de fidélité³⁷. À ces différentes manifestations d'« accommodement », l'on peut ajouter l'absence de création de cour ecclésiastique par « Sa Majesté » qui ne considérerait pas cette prérogative « convenable »³⁸.

Selon Micheline Milot et José Woehrling, par cette évolution significative, « la liberté de culte acquiert le statut de droit reconnu pour les catholiques, ce qui aura des effets structurants dans la durée »³⁹. Effectivement, cette évolution vers une égalité (manifestée par une plus grande reconnaissance des autres religions) et finalement vers une plus grande neutralité de l'État, s'accroît avec la loi constitutionnelle de 1791. En effet, selon le lieutenant-gouverneur de l'époque⁴⁰, « l'objet de cet acte est d'assimiler la constitution de cette province à celle de la Grande-Bretagne [...] Pour cela [...] il faut donner tout le soin possible pour leur assurer (aux habitants français) la jouissance de ces droits civils et religieux qui leur furent garantis par la capitulation de la Province, ou qui leur ont été accordés depuis par l'esprit libéral et éclairé du gouvernement anglais »⁴¹.

Par cet Acte constitutionnel de 1791, une assemblée législative était mise en place. Selon l'article 2, la province de

37. Micheline MILOT, « Laïcité au Canada. Liberté de conscience et exigence d'égalité », (2009) 146 *Archives de sciences sociales des religions* 61 : « l'appartenance religieuse se délie de l'appartenance politique ». Voir aussi S. PAGNUELO, *Études historiques et légales sur la liberté religieuse en Canada*, préc., note 9, p. 40. La constitutionnalité du serment d'allégeance à la Couronne britannique pour devenir citoyen canadien est contestée devant les tribunaux, voir : *Roach c. Canada (Ministre d'État au Multiculturalisme et à la Citoyenneté)*, [1994] 2 C.F. 406; *Roach c. Canada (Attorney General)*, 2009 CanLII 7178 (Ont. S.C.J.).

38. S. PAGNUELO, *Études historiques et légales sur la liberté religieuse en Canada*, préc., note 9, p. 41. Il ajoute que l'on ne retrouvera plus trace d'une telle prérogative dans les statuts constitutionnels qui ont suivi, ce qui manifeste d'autant plus cette évolution vers une plus grande neutralité des plus hauts dirigeants.

39. M. MILOT et J. WOEHRLING, « Canada », préc., note 26, p. 126.

40. Alfred Clarke, le 26 Décembre 1791.

41. S. PAGNUELO, *Études historiques et légales sur la liberté religieuse en Canada*, préc., note 9, p. 69.

Québec était divisée en deux provinces : celle du Haut-Canada et celle du Bas-Canada. Chacune était composée d'un conseil législatif et d'une assemblée législative⁴². La constitution maintenait la liberté de culte. Le clergé conservait le droit à la dîme et aux dus accoutumés. Aussi, l'article XXI, en disposant « pourvu toujours [...] que soient inéligibles et incapables de siéger ou de voter dans l'une ou l'autre assemblée toute personne qui sera membre de l'un desdits conseils législatifs à établir [...] ou toute personne qui sera ministre de l'Église d'Angleterre ou ministre, prêtre, clerc ou professeur, soit suivant les rites de l'Église d'Angleterre ou ministre, prêtre, clerc ou professeur, soit suivant les rites de l'Église de Rome ou suivant toute autre forme ou profession de foi ou de culte religieux [...] »⁴³, posait une certaine égalité en ce qu'il rendait inéligibles aux fonctions politiques les membres des clergés catholique et protestant.

Néanmoins, l'égalité n'était pas parfaite en raison du soutien financier apporté au clergé protestant avec ce qui était appelé « les réserves du clergé » ou « rectoreries ». Sur ce point, l'article XXXVI disposait : « Il sera et pourra être loisible à sa Majesté [...] d'autoriser le gouverneur ou le lieutenant-gouverneur ou l'administrateur de chacune desdites provinces respectivement, d'y extraire et d'y tirer des domaines de la couronne, pour l'entretien et le soutien d'un clergé protestant, tels lots et telle réserve de terres justement proportionnés à la quantité de terres qui y ont été en tout temps, concédés, par ou sous l'autorité de Sa Majesté [...] et leur valeur devra égaler d'aussi près qu'on pourra l'estimer à l'époque de cette concession, la septième partie de celle des terres concédées [...] »⁴⁴. On peut donc affirmer que cette période va dans le sens d'une évolution positive vis-à-vis des

42. M. BRUNET, G. FRÉGAULT et M. TRUDEL, *Histoire du Canada par les textes*, préc., note 23, p. 129.

43. *Id.*, p. 130

44. *Id.* Voir aussi S. PAGNUELO, *Études historiques et légales sur la liberté religieuse en Canada*, préc., note 9, p. 71.

religions⁴⁵. Cependant, il n'est certainement pas possible d'y voir, dès cette époque, une neutralité claire de l'État sur ce point.

Et pour cause, car d'autres religions n'étaient pas tolérées ou, en tout cas, reconnues à cette période⁴⁶. C'est le cas des protestants dissidents et des Juifs. Concernant les protestants dissidents, ils « étaient donc vus d'un mauvais œil »; alors que « les actes faits par les ministres de ces religions (anglicane et catholique), tels que les baptêmes, mariages, sépultures, consécration de terrains destinés au culte, etc., étaient reconnus et maintenus par les cours [...] la loi ne reconnaissait pas les mêmes actes faits par les ministres dissidents. Les actes qu'ils célébraient n'avaient aucune valeur légale (...) ce ne fut qu'en 1829, qu'on commença à autoriser les ministres dissidents à tenir registres des baptêmes, mariages et sépultures qu'ils feraient (...) mais il n'y eut pas, et il n'existe pas encore en Bas-Canada, de loi générale pour autoriser tous les dissidents à célébrer les mariages et à en tenir registres »⁴⁷. Pour les dissidents du Haut-Canada, il faudra attendre 1847⁴⁸. Il existait également une différence dans l'accès à la liberté de culte entre ceux du Haut et ceux du Bas-

45. En ce sens : l'échec des tentatives de remise en cause des libertés octroyées ou encore le rapport d'un comité nommé par les communes anglaises selon lequel « le comité ne peut exprimer trop fortement son opinion que les canadiens de race française ne doivent en aucune manière être troublés dans la jouissance paisible de leur religion, leurs lois et leurs privilèges ». S. PAGNUELO, *Études historiques et légales sur la liberté religieuse en Canada*, préc., note 9, p. 157.

46. *Id.*, p. 258 : « il y avait dans le pays quatre classes bien distinctes de religion : la religion, catholique, dont la liberté était garantie par les capitulations et le traité, la religion anglicane, que le gouvernement voulait, à l'origine, établir religion d'État; les protestants dissidents, plus ou moins mal vus et aux actes desquels les légistes anglais ne voulaient reconnaître aucun effet civil; enfin les juifs, encore plus maltraités, à qui l'on refusait même la jouissance de plusieurs droits civils ».

47. S. PAGNUELO, *Études historiques et légales sur la liberté religieuse en Canada*, préc., note 9, p. 163-164.

48. *Id.*, p. 240. Cette loi indique également que les ministres de toutes les dénominations religieuses du Haute-Canada pourront célébrer des mariages. Aussi en 1857 elle confirme cela en ne prenant pas en compte les demandes faites par certains ministres de certaines dénominations souhaitant des privilèges « d'un caractère partial et blessant ».

Canada. En 1830, une loi permettait notamment aux congrégations religieuses et sociétés de chrétiens de posséder des immeubles pour l'exercice de leur culte et s'appliquait aux dissidents du Bas-Canada⁴⁹. Pour ceux du Haut-Canada, il faudra attendre 1845⁵⁰, donc après l'union des deux provinces, pour obtenir un droit similaire⁵¹.

Concernant les Juifs, dès 1830, leur situation connut une certaine évolution en la matière. Tout d'abord, une loi accorda aux Juifs des registres authentiques et leur permit de posséder des édifices pour le culte et des cimetières. En 1831, les droits civils et politiques des sujets anglais leur sont reconnus⁵².

En 1840, l'acte d'Union entre le Haut et le Bas-Canada, qui était réclamée par les Britanniques, est adopté par le Parlement de Westminster⁵³. Parmi les articles les plus importants, l'on retrouve ceux relatifs à la reconnaissance de l'anglais comme seule langue officielle ainsi que l'article XLII selon lequel le conseil législatif ainsi que l'assemblée législative ne peuvent adopter « aucuns Bill ou Bills contenant aucunes dispositions qui pourront en aucune manière affecter ou avoir rapport à la jouissance ou exercice d'aucune espèce de culte religieux, ou qui imposeraient aucunes pénalités ou disqualification, par rapport à tel culte... »⁵⁴, ce qui rendait plus grande la protection des cultes.

Cette évolution progressive va se poursuivre car, peu à peu, l'Église anglicane et l'État vont se détacher afin que la première vive de manière identique aux autres religions, ce qui rendra plus visible la neutralité, préalable nécessaire à la liberté de religion et à l'égalité des cultes dont l'existence réelle est de plus en plus

49. *Id.*, p. 169.

50. La première démarche en ce sens date de 1841, mais sera abandonnée à plusieurs reprises.

51. S. PAGNUELO, *Études historiques et légales sur la liberté religieuse en Canada*, préc., note 9, p. 237-239.

52. *Id.*, p. 169.

53. M. BRUNET, G. FRÉGAULT et M. TRUDEL, *Histoire du Canada par les textes*, préc., note 23, p. 141.

54. M. MILOT et J. WOEHLING, « Canada », préc., note 26, p. 126.

perceptible à travers les modifications constitutionnelles. En 1851, une loi sur la liberté des cultes est adoptée et condamne les restrictions apportées au libre exercice du culte. De plus, elle « abolit la distinction et la préférence accordées à l'Église d'Angleterre et d'Irlande qui réclamait le libre exercice de ses droits et régie interne [...] »; « c'est à partir de ce moment que l'égalité devient réellement un principe fondamental du droit public »⁵⁵. La même année⁵⁶, les « rectoreries » sont supprimées. Nous citons un extrait de la loi :

Acte pour abroger cette partie du parlement [...] attendu que l'admission de l'égalité, aux yeux de la loi, de toutes les dénominations religieuses est un principe reconnu de la législation coloniale [...] que le libre exercice et la jouissance de la profession et du culte religieux, sans distinction, ni préférence, [...] sont permis... » (les limites étant le respect de l'ordre public bien que cette notion n'était pas exprimée ainsi) « et attendu que les dispositions de l'acte du parlement impérial de Grande-Bretagne [...] par lequel le gouverneur de cette province est investi du droit d'ériger des cures ou rectoreries dans cette province, conformément à l'établissement de l'Église d'Angleterre [...] ont fait naître des doutes et des appréhensions qu'il est à désirer de faire disparaître par la révocation d'icelles [...] qu'il soit statué, que les trente-huitième, trente-neuvième et quarantième sections du dit acte seront et sont par le présent acte révoqués, et qu'à l'avenir aucunes lettres patentes ne seront émises dans cette province par la Couronne pour l'érection d'une cure ou rectorerie, ou pour la dotation d'icelle à même les réserves du clergé ou le domaine public, ou pour la nomination d'aucun titulaire ou ministre à aucune des dites cures ou rectoreries⁵⁷.

Cette loi vient de nouveau manifester clairement la volonté de supprimer les privilèges accordés auparavant à l'Église

55. *Id.*

56. La loi date 1851, mais la sanction royale ne sera donnée que le 15 mai 1852 et la loi proclamée dans la Gazette du Canada le 1^{er} juin 1852.

57. S. PAGNUELO, *Études historiques et légales sur la liberté religieuse en Canada*, préc., note 9, p. 228-229.

anglicane et agrandit la séparation entre cette dernière et l'État. Cette distance sera d'autant plus significative avec la déclaration faite par la législature en 1854 à propos des réserves du clergé : « attendu qu'il est désirable de faire disparaître toute apparence d'union entre l'Église et l'État, et de disposer entièrement et finalement de toutes matières, réclamations et intérêts provenant des réserves du clergé, par une distribution aussi prompte que possible des revenus dits réserves [...] »⁵⁸, ce qui achève la consécration de l'égalité des cultes. Cette indépendance est d'autant plus marquée par l'abandon par l'État, au bénéfice de l'assemblée ecclésiastique, des pouvoirs qu'il avait sur elle, comme en témoigne cet extrait : « les évêques [...] peuvent s'assembler dans leurs différents diocèses [...] et de la manière et suivant les formes de procédure qu'ils adoptent [...] peuvent se réunir par tels représentants qui seront choisis et élus par eux dans les différents diocèses »⁵⁹.

II. Les compromis et les privilèges religieux au sein du régime fédéral

En 1867, un nouveau régime constitutionnel voit le jour⁶⁰. Selon Micheline Milot et José Woehrling, cette constitution « repose implicitement sur les principes fondamentaux de la neutralité et de la séparation »⁶¹, et ce, pour différentes raisons. Tout d'abord, il n'est fait aucune mention d'un être suprême ou d'une protection expresse de la liberté de religion. Les cultes ne bénéficient pas d'aide de l'État pour leur entretien⁶². Selon l'article 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁶³, la législation en vigueur

58. *Id.*, p. 230.

59. *Id.*, p. 231.

60. Pour une étude plus complète des différents régimes constitutionnels, dont celui établi par la *Loi constitutionnelle de 1867*, voir Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, *Les Constitutions du Canada et du Québec, du régime français à nos jours*, t.1 – études, Montréal, Thémis, 1994.

61. M. MILOT et J. WOEHLING, « Canada », préc., note 26, p. 127.

62. Jocelyn MACLURE et Charles TAYLOR, *Laïcité et liberté de conscience*, Boréal, 2010, p. 71.

63. À l'origine: *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.).

est maintenue, ce qui ne modifie donc pas la situation à l'égard de l'égalité des cultes.

Toutefois, l'article 93 de cette *Loi constitutionnelle de 1867* accorde des privilèges confessionnels en matière d'éducation aux catholiques et aux protestants. Ces privilèges constituent, en quelque sorte, des compromis historiques à la base du régime constitutionnel⁶⁴. En ce qui concerne le Québec, il faudra attendre la *Modification constitutionnelle de 1997 (Québec)* afin que soient abolis ces privilèges et que les commissions scolaires confessionnelles du régime public d'éducation soient remplacées par des commissions linguistiques. Nous y reviendrons plus loin.

Au-delà des textes, les décisions rendues en contradiction avec les prétentions de l'Église sont d'autant plus les signes, d'une part, d'une séparation entre l'Église et l'État mais aussi, d'autre part, d'une absence d'emprise du pouvoir temporel par l'Église. À cet égard, il faut ici reconnaître le rôle joué par les tribunaux dans cette évolution, à travers la reconnaissance d'une protection implicite des droits et libertés.

Ainsi, dans l'affaire Guibord⁶⁵, par exemple, il s'agissait d'un homme, Joseph Guibord, imprimeur et membre de l'Institut canadien, lequel a été déclaré interdit par un évêque, l'évêque Bourget, avec l'appui de Rome, puisqu'il considérait cet institut comme une menace pour la foi des Canadiens français. Lors de la mort de monsieur Guibord, l'évêque refusa qu'il soit inhumé dans un cimetière catholique. L'affaire fut judiciairisée et, finalement, le comité judiciaire du Conseil privé renversa la décision. Après

64. Avec l'article 133 qui institue un bilinguisme pour les institutions et les lois fédérales et québécoises : *Québec (Procureur général) c. Blaikie et autres*, [1979] 2 R.C.S. 1016; *Ontario (Procureur général) c. SEFPO*, [1987] 2 R.C.S. 2.

65. Privy Council, « Judgement of the Lords of the Judicial Committee on the Appeal of Dame Henriette Brown vs Les Curé et Marguilliers de l'oeuvre et Fabrique de Notre-Dame de Montréal, from Canada; delivered 21st November, 1874 », dans *History of the Guibord Case : Ultramontanism versus Law and Human Rights*. Montréal, Witness Printing House, 1875, p. 29, à la page 55.

qu'une première tentative eut échoué, sa dépouille fut finalement transportée, sous escorte militaire armée afin de contenir les catholiques indignés, et enterrée dans un cimetière catholique le 16 novembre 1875⁶⁶.

Nous pouvons également citer la décision *Delpit-Côté* de 1901 dans laquelle la Cour supérieure du Québec a fait du mariage un lien civil avant tout, ou encore la remise en cause par une loi au Québec de l'influence induite des curés lors des élections en 1875⁶⁷.

De plus, au milieu du XX^{ème} siècle, plusieurs arrêts ont été rendus par la Cour suprême où il était notamment question de la liberté de religion. Ceux-ci vont dans le sens d'une plus grande affirmation de cette liberté (bien qu'elle ne faisait l'objet d'aucune protection constitutionnelle expresse à cette époque). Dans l'arrêt *Saumur*, la question était de savoir si les témoins de Jéhovah devaient obtenir l'accord du chef de police afin de distribuer des « tracts » à caractère religieux, tel que l'exigeait un règlement municipal. Ce dernier fut reconnu inapplicable en raison, principalement, d'une loi du Canada-Uni de 1851, la loi sur la liberté des cultes⁶⁸. Le Juge Rand indique même que la liberté de religion a été reconnue dès 1760 comme un principe de droit fondamental⁶⁹. Dans l'arrêt *Chaput c. Romain*, où la Cour avait reconnu la responsabilité civile de trois policiers s'étant introduits dans une maison alors qu'un service religieux y était célébré, le juge Taschereau indiquait que « dans notre pays, il n'existe pas de religion d'État (...) toutes les religions sont sur un pied d'égalité (...) il est désolant qu'une majorité puisse imposer ses vues à une

66. L'évêque a tout de même désacralisé par la suite le lot où reposait Joseph Guibord.

67. J. MACLURE et C. TAYLOR, *Laïcité et liberté de conscience*, préc., note 62, p. 71.

68. Gérald-A. BEAUDOIN, « Considérations sur l'influence de la religion en droit public du Canada », (1984) 15 *R.G.D.* 589, 597.

69. *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 *R.C.S.* 299. Concernant le juge Rand, voir p. 327.

minorité »⁷⁰. Dans l'arrêt *Roncarelli c. Duplessis*⁷¹, le premier ministre du Québec a été condamné à des dommages et intérêts en raison de l'ordre (sans justification légale) qu'il avait donné d'annuler le permis de vente de boissons d'un restaurateur qui versait des cautions pour la remise en liberté de témoins de Jéhovah qui se faisaient arrêter dans l'exercice de leur pratique religieuse.

Néanmoins, malgré le fait qu'il n'y ait plus de religion d'État, on peut encore relever à cette période des cas de différences de traitement à l'égard de certaines religions qui constituent autant d'accrocs au principe de neutralité de l'État. Parmi les exemples possibles, trois seront vus successivement pour illustrer les limites à la neutralité en des domaines distincts.

Le premier concerne l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui traite des écoles confessionnelles. Cet article apporte une protection constitutionnelle en matière d'éducation aux minorités catholiques et protestantes. Celui-ci se compose de quatre paragraphes dont le second dispose: « tous les pouvoirs, privilèges et devoirs conférés et imposés par la loi dans le Haut-Canada, lors de l'union, aux écoles séparées et aux syndicats d'écoles des sujets catholiques romains de Sa Majesté, seront et sont par la présente étendue aux écoles dissidentes des sujets protestants et catholiques romains de la Reine dans la province de Québec » et en son troisième paragraphe : « Dans toute province ou un système d'écoles séparées ou dissidentes existera par la loi, lors de l'union, ou sera subséquentement établi par la législature de la province il pourra être interjeté appel au gouverneur-général en conseil de toute loi ou décision d'aucune autorité provinciale affectant aucun des droits ou privilèges de la minorité protestante ou catholique romaine des sujets de Sa Majesté relativement à l'éducation »⁷².

70. *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S 834. Citation du juge Taschereau à la p. 840.

71. *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S.121.

72. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.).

Comme l'indique Sébastien Lebel-Grenier, « cet enchâssement indirect dans la constitution de compétences relatives à la religion représente, par le fait même, une appréhension par le droit du fait religieux »⁷³. De nombreuses décisions, dès 1890, traitent de cette garantie enchâssée dans la constitution de 1867⁷⁴. Comme le rapporte Beaudoin, « la cour avait établi qu'en 1867 le droit des protestants et des catholiques romains de diriger et de contrôler leurs propres écoles confessionnelles était reconnu par la loi. En matière de financement, la loi conférait, entre autres, aux commissaires et aux syndicats d'écoles le droit de recevoir des subventions sur une base proportionnelle et le droit de prélever des taxes auprès de leurs administrés dans les limites de leurs « municipalités respectives »⁷⁵.

Pour illustrer l'impact de la limitation faite à la neutralité de l'État par l'article 93, la situation au Québec sera étudiée ici. En 1867, presque toutes les écoles publiques étaient confessionnelles. Concernant le Québec il est intéressant de noter que ce privilège en matière d'éducation était doublé d'un autre privilège pour les catholiques et les protestants de Montréal et Québec, car ce droit garanti à des écoles confessionnelles était possible, et ce, peu importe qu'ils soient ou non majoritaires – contrairement aux autres villes de la province qui bénéficiaient de ce droit uniquement dans les situations où ils étaient minoritaires, appelé droit à la « dissidence »⁷⁶. Ce n'est que près d'un siècle plus tard

73. S. LABEL-GRENIER, « La religion comme véhicule d'affirmation identitaire : un défi à la logique des droits fondamentaux », préc., note 8, p. 125-126.

74. *City of Winnipeg c. Barrett*, [1892] A.C. 445; *Brophy c. Attorney General of Manitoba*, [1895] A.C. 202; *Ottawa Separate Schools Trustees c. Mackell*, [1917] A.C. 62; *Roman Catholic Separate School Trustees for Tiny c. The King*, [1928] A.C. 363; *Hirsch c. Protestant Board of School Commissioners of Montreal*, [1928] A.C. 200.

75. Gérald A. BEAUDOIN, « La situation au Canada », dans *Autonomies locales, intégrité territoriale et protection des minorités*, Éditions du Conseil de l'Europe, 1997, p. 95, à la page 100.

76. Jean-Pierre PROULX et José WOEHLING, « La restructuration du système scolaire québécois et la modification de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 », (1997) 31 *R.J.T* 399.

que les débats sur cette question ont surgi, l'Église ayant toujours voulu garder le monopole dans le domaine de l'éducation. Tout d'abord, cela s'est fait par l'adoption d'une loi en 1963 instituant le ministère de l'éducation et le conseil de l'éducation qui prévoyait que « l'éducation publique, largement sous la gouverne des Églises depuis plus d'un siècle, passerait sous la juridiction étatique par la création d'un ministère de l'Éducation »⁷⁷. Cela ne s'est pas fait sans tension et même opposition de la part de l'Église, et plus particulièrement des évêques qui avaient d'abord réussi à faire retirer le projet de loi le 8 juillet 1960. Après des concertations, le projet de loi a été redéposé six mois plus tard⁷⁸ et la « biconfessionnalité » était clairement présente puisque :

les deux confessions se trouvaient intégrées administrativement à la structure de l'État jusqu'à ses plus hauts niveaux, dont le Conseil supérieur de l'éducation. Deux comités confessionnels étaient rattachés à ce conseil : un comité catholique (dont les membres étaient tous nommés ou agréés par les évêques) et un comité protestant. Ces deux comités exerçaient une fonction normative sur les décisions gouvernementales en matière de reconnaissance des écoles catholiques et protestantes, de définition et d'élaboration des programmes d'enseignement religieux de même que pour la qualification des maîtres pour l'enseignement de cette matière (...) deux sous-ministres, l'un de foi catholique et l'autre de foi protestante, étaient prévus par la loi comme membres d'office de l'appareil du ministère de l'Éducation⁷⁹.

L'enseignement religieux catholique dans les écoles catholiques était obligatoire avec exemption possible⁸⁰, il sera toutefois remplacé quelques décennies plus tard, en 1990, par la

77. Micheline MILOT, « La transformation des rapports entre l'État et l'Église au Québec », (2001) XXIX *Éducation et francophonie*, p. 93, en ligne : <www.acef.ca>, (consulté le 5 septembre 2013).

78. Qui a prévalu jusqu'en juin 2000.

79. *Id.*, pp. 93-94.

80. *Id.*, p. 94. Milot précise que le comité catholique n'a jamais reconnu que cela pouvait être discriminatoire.

possibilité faite aux parents de choisir entre l'enseignement catholique ou l'enseignement moral. Comme l'indique très justement Micheline Milot : « Dans ces conditions, même si l'action politique générale de l'État pouvait être considérée comme tacitement neutre, cette neutralité n'était évidemment pas appliquée dans le domaine scolaire »⁸¹. Tout cela va mener à des débats sur la déconfessionnalisation dans les années 1990 qui aboutiront en 1997, lors de la modification constitutionnelle apportée à l'article 93 (par l'ajout d'un nouvel article 93.1 dans la *Loi constitutionnelle de 1867*) : cette modification marquera le passage de commissions scolaires confessionnelles à linguistiques. Au surplus, en 2005 sera annoncée la suppression, à compter de 2008, de l'enseignement religieux confessionnel et son remplacement par un cours d'éthique et de culture religieuse. Ce nouveau cours fera à son tour l'objet de litiges judiciaires. D'une part, des parents catholiques se rendront jusqu'en Cour suprême dans le but que leurs enfants soient exemptés de ce nouveau cours⁸². Ils n'obtiendront pas gain de cause. D'autre part, la cause d'une institution privée d'enseignement souhaitant être exemptée d'offrir ce cours sera sous peu entendue par la Cour suprême du Canada.

La deuxième illustration concernant les limites à l'évolution dans la neutralité de l'État est la loi fédérale sur les Indiens de 1876, bien que ce propos puisse être nuancé. Dans les faits, à cette date, le gouvernement canadien met en place cette loi qui ne comportait pas d'article destiné à interdire la pratique de rituels ayant une signification religieuse. Néanmoins, en 1884, le gouvernement interdit de manière expresse de telles pratiques par l'intermédiaire d'un amendement intégré à la loi de 1876 dont voici l'extrait :

Every Indian or other person who engages in or assists in celebrating the Indian festival known as the « Potlach » or in the Indian danse known as the « tamanawas » is guilty of a misdemeanor, and shall be liable to imprisonment for

81. *Id.*

82. *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, [2012] 1 R.C.S. 235.

a term of not more than six nor less than two months in any goal or other place of confinement; and any Indian or other person who encourages, either directly or indirectly, an Indian or Indians to get up such a festival or dance, or to celebrate the same, or who shall assist in the celebration of the same is guilty of a like offence, and shall be liable to the same punishment⁸³.

Les difficultés à appréhender la signification de ces rituels ont entraîné l'adoption d'un nouvel amendement en 1885 modifiant celui de 1884. En 1914, un autre amendement interdit la participation à des danses « ou autres formes de festivités en dehors de leurs réserves »⁸⁴. Le durcissement est d'autant plus significatif avec un nouvel amendement en date de 1918 permettant aux agents de punir l'inobservation des interdictions posées. Ce n'est qu'en 1951 que seront supprimées ces interdictions bien que, dès 1932, la répression de ces pratiques ne se faisait plus⁸⁵. Cette loi a donc apporté des restrictions à l'exercice de la religion pour les Autochtones, le but recherché dans une telle démarche étant leur assimilation.

Selon Achiel Peelman, « cette loi est une des pires espèces de législation coloniale de l'époque contemporaine. Elle a été longtemps une source d'oppression politique, culturelle et religieuse (...) La loi sur les Indiens visera à transformer tous les aspects de la vie des Amérindiens afin de les intégrer à la société canadienne »⁸⁶. Il ajoute qu'en 1969, un projet de publication d'un livre blanc sur la politique indienne avait pour objectif d'assimiler de manière définitive les Autochtones. Pour lui, cette loi sur les

83. *Indian Advancement Act*, S.C. 1884, c. 28, art. 3; Claude GÉLINAS, « L'État canadien et la répression des pratiques religieuses autochtones, 1884-1932 », dans Lorraine DESROCHER et al. (dir.), *L'État canadien et la diversité culturelle et religieuse, 1800-1914*, Québec, SoDRUS/Presses de l'Université du Québec, 2009, p. 93, à la page 101.

84. *Id.*, p. 102

85. *Id.*, p. 102 et 103.

86. Achiel PEELMAN, *L'esprit est Amérindien (Quand la religion amérindienne rencontre le christianisme)*, Montréal, Médiaspaul, 2004. Voir aussi C. GÉLINAS, « L'État canadien et la répression des pratiques religieuses autochtones, 1884-1932 », préc., note 83, p. 103-104.

Indiens « demeure une des premières misères humaines » de ces communautés⁸⁷.

Or, comme l'indique Claude Gélinas, « lorsque l'on s'attarde au contexte historique dans lequel ces différentes mesures législatives ont été adoptées (...) des considérations beaucoup plus pragmatiques que la seule volonté idéologique de faire disparaître les cultures traditionnelles autochtones semblaient prévaloir »⁸⁸. Concernant la danse tamanawas (et la danse du soleil⁸⁹), celle-ci était accompagnée d'auto-mutilations qui étaient « répugnants aux yeux des missionnaires et des autorités politiques de l'époque »⁹⁰. L'interdiction du potlach était justifiée par des considérations plus économiques. En effet, la distribution de présents ayant de grandes valeurs et de nourriture en quantité considérable avait des conséquences financières importantes puisque ces populations étaient par la suite subventionnées par le gouvernement⁹¹. Ces arguments permettent ainsi de nuancer le propos selon lequel la loi tendait à supprimer l'existence des pratiques de ces communautés.

Une troisième illustration d'accroc au principe de neutralité est la loi sur le dimanche. Celle-ci date d'une législation anglaise et comme indiqué dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, « sur le plan historique, il semble peu douteux que la législation anglaise relative au dimanche a été adoptée à des fins religieuses. Depuis le tout début, l'exhortation morale du Quatrième commandement (Exode 20: 8 à 11) "Souviens-toi du jour du repos, pour le sanctifier" est devenue de plus en plus un impératif législatif »⁹². Depuis, de nombreuses lois avaient été adoptées afin d'obliger les personnes à observer le dimanche. Cette obligation interdisait

87. *Id.*, p. 18-20. Voir aussi C. GÉLINAS, « L'État canadien et la répression des pratiques religieuses autochtones, 1884-1932 », préc., note 83, p. 103-104.

88. C. GÉLINAS, *id.*

89. *Id.*, p. 108-109.

90. *Id.*, p. 104-105.

91. *Id.*, p. 107.

92. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S 295, par. 51.

donc aux personnes de religion différente ou n'ayant pas de religion d'exercer une activité (commerciale). Dans l'arrêt *Rosetanni*, les prévenus avaient été accusés d'avoir exercé une activité, le commerce de quilles. Selon le juge Ritchie, la liberté de religion énoncée dans la *Déclaration canadienne des droits*⁹³ de 1960 ne comprend pas le droit pour un individu de travailler le dimanche, et ce, même si le jour de sabbat est situé un autre jour. De ce fait, une personne qui observe un jour de repos correspondant à sa religion, se voyait contrainte de respecter un autre jour de repos, ce qui pouvait avoir des répercussions financières pour son activité. La Cour suprême conclut que l'article 4 de la loi sur le dimanche ne violait pas le principe de « liberté de religion »⁹⁴. Il est intéressant de constater que cette décision a été rendue sur la base de la *Déclaration canadienne des droits* de 1960, qui comprenait dans son préambule, contrairement aux précédents textes examinés, la référence à Dieu en indiquant que « Le Parlement du Canada proclame que la nation canadienne repose sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu »⁹⁵. Malgré une formulation quelque peu différente (« Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la primauté du droit et la suprématie de Dieu »), la *Loi constitutionnelle de 1982*⁹⁶ contient également en son préambule un énoncé contraire au principe de neutralité, du moins à l'égard de la liberté de conscience des non-croyants, athées ou agnostiques. Malgré cette référence, la Cour suprême invalidera, dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, la loi sur le dimanche, au motif qu'elle avait un objet religieux.

93. *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, c. 44.

94. *Robertson and Rosetanni c. R.*, [1963] R.C.S. 651.

95. *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, c. 44.

96. *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.).

III. La protection constitutionnelle du principe de neutralité en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*

1982 constitue une année importante pour le Canada en raison du rapatriement de la constitution et de la modification que représentent les ajouts de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Charte protège expressément certains droits dont les libertés de conscience et de religion en son article 2 qui dispose : « chacun a les libertés fondamentales suivantes : a) la liberté de conscience et de religion... ». Cet article est précédé de l'article 1 selon lequel les droits et libertés qui y sont énoncés dans la Charte canadienne peuvent être restreints par une règle de droit, « dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ».

Avant cette reconnaissance constitutionnelle, la liberté de religion a été au fil de l'histoire progressivement reconnue judiciairement, mais non par les textes. C'est ce qui a été fait dans certaines décisions et notamment dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, qui déclare invalide la loi fédérale sur le dimanche et rend une décision plus en conformité avec l'évolution de la société canadienne marquée par le multiculturalisme. Dans les faits, *Big M Drug Mart* avait été accusé de vendre des marchandises de manière illégale en contravention à la loi sur le dimanche. La Cour suprême du Canada devait notamment se prononcer sur la question de savoir si l'article 4 de cette loi⁹⁷ portait atteinte à la liberté de religion garantie par la charte et dans l'affirmative si cette limitation était justifiée au regard de l'article 1 de la *Charte*.

97. Selon l'article 4 : « Sauf les dispositions de la présente loi et les dispositions des lois provinciales en vigueur le 1^{er} mars 1907 ou après cette date, nul ne peut légalement le dimanche, vendre, offrir en vente ou acheter des marchandises, des effets, ou autres biens meubles ou des immeubles, exercer ou poursuivre une besogne de son état ordinaire ou quelque besogne accessoire de cet état, ou, pour quelque gain, exécuter, au cours de cette journée, un travail, une besogne ou un ouvrage, ou y employer une autre personne. »

La Cour a considéré que l'objet de la loi n'était pas laïque mais bien religieux et, par conséquent, qu'en obligeant à respecter une telle loi, une forme de coercition était présente puisque :

le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation. Toutefois, ce concept signifie beaucoup plus que cela.

La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte. Si une personne est astreinte par l'état ou par la volonté d'autrui à une conduite que, sans cela, elle n'aurait pas choisi d'adopter, cette personne n'agit pas de son propre gré et on ne peut pas dire qu'elle est vraiment libre. L'un des objectifs importants de la Charte est de protéger, dans des limites raisonnables, contre la coercition et la contrainte. La coercition comprend non seulement la contrainte flagrante exercée, par exemple, sous forme d'ordres directs d'agir ou de s'abstenir d'agir sous peine de sanction, mais également les formes indirectes de contrôle qui permettent de déterminer ou de restreindre les possibilités d'action d'autrui. La liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience⁹⁸.

De ce fait, en obligeant le respect d'une loi dont l'objet est religieux, une forme de contrainte s'exerce à l'égard des croyants d'autres religions ou de ceux qui n'en ont pas, et paraît, en conséquence, discriminatoire à leur égard. Ainsi, il a été considéré dans l'arrêt que la loi poursuivait un objectif religieux qui ne

98. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, préc., note 92, par. 94-95.

pouvait satisfaire au critère de l'objectif développé en vertu de l'article premier : un objectif religieux ne peut constituer un objectif suffisamment important dans une société libre et démocratique. À la liberté de religion s'ajoute la prise en compte de la pluralité religieuse, notamment par la mention de la disposition interprétative de l'article 27 qui reconnaît le fait multiculturel⁹⁹.

Dans l'arrêt *Multani*¹⁰⁰, un jeune garçon sikh s'est vu autoriser le port d'un kirpan dans un établissement scolaire (alors que le port d'une arme pouvait être interdit par les autorités scolaires), car une telle interdiction aurait été contraire à sa liberté de religion. Il faut préciser que la Cour suprême a tout de même reconnu que les autorités scolaires peuvent l'assujettir à certaines limites raisonnables afin d'assurer la sécurité. Comme l'a fait observer le professeur Sébastien Grammond, le kirpan ne pouvait plus dès lors être utilisé comme arme¹⁰¹. Dans l'arrêt *Amselem*¹⁰², alors que des copropriétaires avaient signé un règlement interdisant de « fermer (...) faire des constructions de quelque nature que ce soit sur les balcons de l'immeuble... »¹⁰³, la Cour suprême dans un arrêt de 2004 a considéré que les copropriétaires pouvaient ériger une souccah sur leur balcon respectif en prenant en compte la croyance sincère. Outre qu'il manifeste le fait que les juges entretiennent des conceptions différentes de la religion elle-même¹⁰⁴, cet arrêt montre que les juges s'imposent à eux-mêmes une certaine neutralité puisque, pour éviter de s'ériger en arbitres des dogmes religieux en

99. L'article 27 prévoit que : « Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens. »

100. *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256.

101. Sébastien GRAMMOND, « Conceptions canadienne et québécoise des droits fondamentaux et de la religion: convergence ou conflit? », (2009) 43 *R.J.T.* 83, 94.

102. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551.

103. *Id.*, par. 9.

104. S. GRAMMOND, « Conceptions canadienne et québécoise des droits fondamentaux et de la religion: convergence ou conflit? », préc., note 101.

interprétant le contenu des prescriptions religieuses, ils se « limitent » à juger de la sincérité de l'individu¹⁰⁵. Ainsi, depuis l'arrêt *Amselem*, le test de l'atteinte à la liberté de religion s'est assoupli¹⁰⁶, comme l'a rappelé la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Hutterian Brethren of Wilson Colony*¹⁰⁷. Sur cette base, pour établir qu'une mesure contrevient à la liberté de religion, il suffit de démontrer que « (1) le plaignant entretient une croyance ou se livre à une pratique sincères ayant un lien avec la religion; et que (2) la mesure contestée nuit d'une manière plus que négligeable ou insignifiante à la capacité du plaignant de se conformer à ses croyances religieuses. Une atteinte « négligeable ou insignifiante » est une atteinte qui ne menace pas véritablement une croyance ou un comportement religieux »¹⁰⁸.

Parallèlement à l'affirmation de la liberté de religion, la neutralité de l'État s'est également développée. Malgré cette évolution significative de la neutralité de l'État, cette dernière demeure imparfaite. Différents exemples de cette non-neutralité

105. Ce qui risque de faciliter l'obtention d'accommodements. Néanmoins, il semble selon José WOEHLING, « Quand la Cour suprême s'applique à restreindre la portée de la liberté de religion : l'arrêt *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, (2009) », (2011) 45 R.J.T. 7 que le récent arrêt *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Company*, [2009] 2 R.C.S. 567, relatif au refus d'huttérites de fournir des photographies pour l'établissement de leur permis de conduire en invoquant la liberté de religion semble apporter une solution à un tel problème en « déplaçant la difficulté que doivent franchir les plaignants qui invoquent cette liberté pour obtenir un accommodement », ce qui tend à restreindre la portée de leur liberté de religion. Cette difficulté est double : d'une part, il s'agit de rendre plus exigeante la démonstration de l'existence d'une atteinte à la liberté de religion et, d'autre part, de rendre plus facile la démonstration de la justification de l'atteinte.

106. Pour une relecture de l'approche dégagée par la Cour suprême dans l'arrêt *Amselem*, qui insiste sur le fait que seules sont protégées les croyances, convictions et pratiques liées, objectivement, à une religion, voir David ROBITAILLE et Sébastien GRAMMOND, « Les processus d'accommodement religieux et autochtone dans les institutions publiques canadiennes : quelques comparaisons », (2009) 50 *Les Cahiers de Droit* 75, 97 et suiv.

107. *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Company*, préc., note 105.

108. *Id.*, par. 32.

peuvent être mentionnés. Le premier concerne le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui fait expressément référence à la suprématie de Dieu. Il semblerait que celle-ci n'ait pas de signification juridique, mais plutôt symbolique. Comme l'expliquent Micheline Milot et José Woehrling, les tribunaux ne lui ont reconnue aucune « portée significative »¹⁰⁹ et « cette référence ne modifie pas véritablement la longue tradition de neutralité, car le préambule n'affirme pas que les droits ont leur source en Dieu »¹¹⁰. Cela n'a pas empêché le juge Muldoon de la Cour fédérale, dans une décision *O'Sullivan* de 1992, de lui donner une portée difficilement conciliable avec la liberté de conscience puisqu'il détermine que le préambule sert à « protéger tous ceux qui croient en Dieu »¹¹¹. Dans les faits, il s'agissait du refus par un contribuable de payer dans le cadre de l'impôt sur le revenu, une portion de 50 dollars destinée à financer des avortements. Le juge écrit :

Le préambule de la Charte fournit un outil important pour définir le Canada, mais la reconnaissance de la suprématie de Dieu dans la loi suprême du Canada ne fait qu'empêcher l'État canadien de devenir officiellement athée. Elle ne transforme pas le Canada en une théocratie du fait de la grande variété de croyances quant à la façon dont Dieu (c'est apparemment le même Dieu pour les juifs, les chrétiens et les musulmans) veut que ses fidèles se comportent en général et le vénèrent en particulier. En conséquence, la reconnaissance de la suprématie de Dieu dans le préambule n'empêche pas le Canada d'être un État laïque¹¹².

Selon Marie-Pierre Robert, « la suprématie de Dieu pourrait faire référence au fait que les droits et libertés protégés par la

109. M. MILOT et J. WOEHLING, « Canada », préc., note 26, p. 127.

110. M. MILOT, *La laïcité*, préc., note 29, p. 71. Voir aussi Micheline MILOT, « L'émergence de la notion de laïcité au Québec-résistances, polysémie et instrumentalisation », dans Paul EID Pierre BOSSET et al. (dir.), *Appartenances religieuses, appartenance citoyenne. Un équilibre en tension*, Québec, PUL, 2009, p. 36.

111. *O'Sullivan c. M.N.R.*, [1992] 1 C.F. 522, 536.

112. *Id.*

Charte canadienne sont d'origine suprême, qu'ils découlent d'un droit naturel – autrefois associé à Dieu – et maintenant davantage associé à la morale en général et à la dignité de la personne en particulier (...) il serait ainsi possible de donner un sens au préambule, qui, en s'appuyant sur la morale et la dignité humaine, n'irait pas à l'encontre de la liberté de religion, mais permettrait au contraire de la réaffirmer »¹¹³. Cependant, malgré une existence plus symbolique qu'effective, cette mention faite à Dieu peut porter à confusion, comme en témoigne la récente décision de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Saguenay (Ville de) c. Mouvement laïque québécois*¹¹⁴. Dans son jugement, portant sur la discrimination dont se plaignait un citoyen en raison de la récitation de la prière et de la présence de symboles religieux aux assemblées publiques du conseil municipal, le juge Gagnon écrit que « tout comme le préambule de la *Charte canadienne*, la prière en cause fait référence à une divinité monothéiste. De ce point de vue, il est difficile de soutenir que le récit d'une prière s'inspirant d'un des principes fondamentaux de la Constitution pourrait tout de même violer les droits de M. Simoneau »¹¹⁵. Selon ce raisonnement, le préambule de la Charte canadienne empêcherait l'existence de la neutralité de l'État.

Des décisions de la Cour suprême du Canada participent également de cette confusion à l'égard du sens et de la portée du principe de neutralité de l'État. L'arrêt *Chamberlain*¹¹⁶ de la Cour suprême du Canada peut ici être mentionné. Dans cet arrêt, il s'agissait de la demande faite par un enseignant d'approuver des manuels scolaires représentant des familles homoparentales. Le refus de tels ouvrages par le conseil scolaire était notamment motivé par les convictions religieuses de certains parents considérant immorales de telles unions. Respect des convictions de chacun et donc de la diversité et exigence de laïcité vont être

113. Marie-Pierre ROBERT, « Des crimes religieux : aux confluent de droit pénal et de la liberté de religion », (2009) 50 *Les Cahiers de Droit* 663, 670.

114. *Saguenay (Ville de) c. Mouvement laïque québécois*, [2013] QCCA 936.

115. *Id.*, par. 100.

116. *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 R.C.S. 710.

liés par le juge en chef qui indique que « l'exigence de laïcité fait en sorte que nul ne peut invoquer les convictions religieuses des uns pour écarter les valeurs des autres »¹¹⁷. Ainsi le respect des convictions religieuses doit s'appliquer à tous. La neutralité ne peut être effective que si toutes les convictions sont mises sur un même pied d'égalité en n'en privilégiant aucune au détriment des autres.

Néanmoins, être neutre ce n'est pas, selon la Cour, se désintéresser de la religion. Dans l'arrêt *Chamberlain*, la juge en chef McLachlin confirme ce propos lorsqu'elle indique que « le fait que la *School Act* insiste sur la stricte laïcité ne signifie pas que les considérations religieuses n'ont aucune place dans les débats et les décisions du conseil scolaire. Les conseillers scolaires ont le droit et, en fait, le devoir de faire valoir, aux réunions du conseil, les points de vue des parents et de la collectivité qu'ils représentent. La religion jouant un rôle important dans de nombreux milieux, ces points de vue seront souvent dictés par des considérations religieuses. La religion est un aspect fondamental de la vie des gens, et le conseil scolaire ne peut en faire abstraction dans ses délibérations »¹¹⁸.

En matière de droit pénal, même si plusieurs infractions ont une essence religieuse tel que le meurtre par exemple, « leurs origines religieuses ne suffisent pas à les considérer comme des crimes religieux »¹¹⁹. Cependant, là où se posent des problèmes vis-à-vis du principe de neutralité, c'est davantage lorsque certaines sanctions sont mises en place contre des actes faits à l'encontre de certaines religions ou lorsque des sanctions trouvent application dans certaines religions. Pour la première situation, il est possible d'invoquer le cas du blasphème. Intégrée dans le Code criminel en 1892, cette infraction existe toujours mais elle ne protège pas toutes les religions – uniquement les religions protestante et catholique : « Ces deux religions chrétiennes jouissent donc d'un statut privilégié au sein du droit pénal

117. *Id.*, par. 19.

118. *Id.*

119. M.-P. ROBERT, préc., note 113, p. 675.

canadien, ce qui est pour le moins étonnant dans la société actuelle, guidée par les libertés de religion et d'expression. »¹²⁰ Bien que son application soit inexistante depuis des décennies et que sa « criminalisation (...) serait sans doute considérée par les tribunaux comme violant (...) la liberté de religion, dans la mesure où elle viole l'obligation de neutralité de l'État »¹²¹, c'est une infraction qui est toujours présente dans les textes législatifs.

Certaines sanctions en revanche portent préjudice à certaines religions et c'est en particulier le cas de la polygamie, crime passible, tout comme la bigamie, de cinq ans d'emprisonnement. Par définition, elle concerne « l'union conjugale multiple que cette union soit reconnue comme un mariage ou non »¹²². Malgré qu'il y ait peu de cas en la matière, en 2009 des accusations ont été portées contre des membres de la communauté mormone de Bountiful, mais ont été annulées par la suite. Or, ce qui peut poser problème est que pour les membres de cette communauté leur croyance religieuse leur impose la polygamie¹²³. Dans un avis à l'occasion d'une procédure de renvoi¹²⁴, le juge en chef Bauman de la Cour suprême de Colombie-Britannique en est venu à la conclusion que la criminalisation de la polygamie n'est pas inconstitutionnelle.

Un autre exemple peut être cité et concerne le crucifix situé à l'Assemblée nationale du Québec et mis en place par Duplessis le 7 octobre 1936¹²⁵ et qui, selon l'historien Yvan Lamonde, « est le signe même d'une alliance du politique et du religieux, de l'État et de l'Église »¹²⁶. Ce signe est toujours présent dans le salon bleu de

120. *Id.*, p. 687.

121. *Id.*

122. *Id.*, p. 681.

123. Marie-Pierre ROBERT et Stéphane BERNATCHEZ, « La criminalisation de la polygamie soumise à l'épreuve de la Charte », (2010) 40 *Revue générale de droit* 541, 541-598.

124. *Reference re: Section 293 of the Criminal Code of Canada*, [2011] BCSC 1588.

125. Caroline BEAUCHAMP, *Pour un Québec laïque*, Québec, PUL, 2011, p. 98.

126. Yvan LAMONDE, *L'heure de vérité. La laïcité à l'épreuve de l'histoire*, Montréal, Del Busso, 1992, p. 176.

l'Assemblée nationale. Alors que le rapport de la Commission Bouchard-Taylor avait proposé qu'il soit retiré, l'Assemblée nationale a voté, à l'unanimité, son maintien le jour même où les commissaires ont présenté publiquement leur rapport final. D'aucuns y voient là un symbole historique dépouillé de toute signification religieuse, ce qui rendrait possible son déplacement au musée du Parlement, mais ce serait sans doute faire injure à certaines croyances de considérer ainsi la représentation du Christ sur la croix. Ainsi, c'est la présence d'un symbole religieux dans une assemblée démocratique délibérative qui doit être analysée¹²⁷.

Aussi, dans la plupart des sociétés se considérant comme laïques, et qui ont eu une histoire où religion et État étaient extrêmement liés, des héritages du passé peuvent perdurer, ce qui peut remettre en cause la perception que l'on peut avoir de la neutralité de l'État. Par exemple, nous pouvons citer les jours fériés du calendrier empreints de significations religieuses. Cependant ce propos peut être nuancé en raison du fait qu'il serait problématique de modifier complètement le calendrier ou d'y intégrer toutes les fêtes religieuses de toutes les religions. C'est pourquoi afin de remédier à cette forme d'inégalité, les autorisations d'absences dans le cadre des relations de travail ou à l'école sont généralement accordées ce qui constitue un accommodement qui n'est pas contraire au principe de neutralité et, bien au contraire, est nécessaire afin de permettre l'égalité de tous¹²⁸.

Bien que l'accommodement pour des motifs religieux puisse être considéré comme étant contraire au principe de neutralité de

127. Pour un exemple d'une telle analyse, voir la décision du 4 février 2011 du Tribunal des droits de la personne dans *Simoneau c. Tremblay*, [2011] QCTDP 1.

128. Sur la présence de calendriers religieux dans les commissions scolaires et les universités au Canada, voir D. ROBITAILLE et S. GRAMMOND, « Les processus d'accommodement religieux et autochtone dans les institutions publiques canadiennes : quelques comparaisons », préc., note 106, 101 et suiv.

l'État¹²⁹, il permet d'assurer le droit à l'égalité et la protection contre la discrimination.

L'accommodement raisonnable est un mécanisme créé par la jurisprudence et qui est apparu pour la première fois au Canada lors de l'affaire *O'Malley*, dans laquelle un employeur avait exigé d'une de ses employées adventiste du septième jour, de travailler le samedi jour de sabbat alors que celle-ci considérait une telle exigence comme contraire à ses convictions religieuses. Dans cet arrêt de 1985, la Cour suprême a considéré que le droit à l'égalité obligeait l'employeur à respecter les convictions religieuses de son employé en aménageant ses heures de travail¹³⁰.

L'accommodement raisonnable est « une obligation juridique, applicable uniquement 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 »¹³¹, car il ne faut pas punir l'auteur de la discrimination mais offrir une voie de recours à la victime¹³².

Cependant, l'accommodement ne pourra pas s'appliquer lorsqu'il y a une contrainte excessive. Différentes catégories de facteurs sont prises en compte par les tribunaux afin de déterminer le caractère excessif de la contrainte, dont, notamment, les ressources financières et matérielles, l'atteinte aux

129. Luc B. TREMBLAY, « Religion, tolérance et laïcité : le tournant multiculturel de la Cour suprême », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *Le droit, la religion et le « raisonnable »*, Montréal, Thémis, 2009, p. 213, à la page 248 et suiv.

130. *Commission des droits de la personne (O'Malley) c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536.

131. Pierre BOSSET, « L'accommodement raisonnable : du bon et du mauvais usage des mots », (2007) CDPDJ.

132. *Commission des droits de la personne (O'Malley) c. Simpsons-Sears*, préc., note 130, par. 12.

droits d'autrui et au bon fonctionnement de l'entreprise, de l'institution ou de l'activité¹³³.

Depuis quelques décennies, une importante jurisprudence a été développée sur cette obligation d'accommodement raisonnable sans contrainte excessive en matière religieuse. Il n'est pas nécessaire pour les fins du présent article d'en refaire le développement et d'expliquer les enjeux contemporains¹³⁴. Qu'il suffise de souligner que, depuis quelques années, la thématique de la liberté de religion refait surface et occupe la plupart des débats en raison de faits survenus dans la sphère publique. Ceci est d'autant plus remarqué au Québec et ces faits ont été souvent reliés, à tort parfois, aux accommodements raisonnables. L'affaire *Multani*, l'accord donné par un directeur d'un centre sportif de givrer les fenêtres d'une salle de conditionnement physique afin que des Juifs orthodoxes ne voient pas les femmes durant leur séance d'entraînement ou encore l'interdiction faite aux hommes de participer à des rencontres prénatales ont fait partie des faits ayant provoqué la polémique et ayant été largement relatés dans les médias au point qu'en 2007, le gouvernement du Québec a mis en place deux comités consultatifs relatifs aux accommodements

133. Paul EID et Pierre BOSSET, « Document de réflexion : la charte et la prise en compte de la religion dans l'espace public », (2008) *CDPDJ*, p. 39, 39-40.

134. Voir notamment : Pierre BOSSET, « La "crise" des accommodements raisonnables : regards d'un juriste sur le rapport Bouchard-Taylor », (2009) 3 *Revue de droit parlementaire et politique* 323; Pierre BOSSET, « Limites de l'accommodement raisonnable : le droit a-t-il tout dit? », (2007) 9 *Éthique publique* 165; Stéphane BERNATCHEZ, « Accommodements raisonnables et gouvernance : le rôle du juge, au-delà de l'interprétation et de la création du droit à l'égalité », dans Christian BRUNELLE et Patrick A. MOLINARI (dir.), *Accommodements raisonnables et rôle de l'État : un défi démocratique*, Congrès de l'Institut canadien d'administration de la justice, Québec, 2009, p. 371; Stéphane BERNATCHEZ, « Un rapport au droit difficile. La commission Bouchard-Taylor et les accommodements raisonnables », dans les Journées strasbourgeoises 2008 (Institut canadien d'études juridiques supérieures), *Droits de la personne. Éthique et droit : nouveaux défis*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 69, à la page 92. Stéphane BERNATCHEZ, « Les enjeux juridiques du débat sur les accommodements raisonnables », (2007) 38 *R.D.U.S.* 233.

raisonnables qui sont le comité consultatif sur l'intégration et l'accommodement en milieu scolaire¹³⁵ ainsi que la commission de consultation sur les pratiques reliées aux différences culturelles¹³⁶.

Selon Micheline Milot et José Woehrling : « Non seulement les accommodements religieux ne sont pas considérés comme incompatibles avec la neutralité religieuse de l'État, mais l'on estime au Canada que cette neutralité exige précisément que l'État fasse parfois de tels accommodements. En effet quand une législation entraîne dans son application des effets favorables ou simplement neutres pour certaines croyances ou défavorables pour d'autres, elle ne peut plus être considérée comme neutre et c'est pour rétablir sa neutralité qu'un accommodement devient nécessaire »¹³⁷. Ainsi, la neutralité serait d'autant plus effective lorsqu'un accommodement permet de remédier à une situation qui, sans cette mesure, serait discriminatoire.

Brève conclusion d'une longue histoire

À travers l'étude de cette histoire constitutionnelle et législative, nous avons pu constater que la neutralité de l'État s'est construite progressivement, souvent implicitement, et depuis longtemps à travers la reconnaissance de l'égalité des cultes et de la liberté de religion. Néanmoins, son application au Canada et au Québec n'est pas parfaite même aujourd'hui. Les multiples débats actuels sur la notion de laïcité et sa consécration dans les textes constitutionnels illustrent ce propos. Il faut à tout le moins préciser que la neutralité de l'État n'est que l'un des principes constitutifs de la laïcité¹³⁸. En effet, avec la séparation de l'Église et de l'État, la neutralité de l'État est un mécanisme institutionnel,

135. Mise en place par le ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sports, Octobre 2006.

136. Créée par décret suite à la demande de Jean Charest alors premier ministre, Mars 2007.

137. M. MILOT et J. WOEHLING, « Canada », préc., note 26, p. 129.

138. Sur ces principes, voir J. MACLURE et C. TAYLOR, *Laïcité et liberté de conscience*, préc., note 62.

constitutionnel, de mise en œuvre de la laïcité. Au-dessus de ces principes opératoires, deux autres principes établissent les finalités morales de la laïcité : la protection de la liberté de conscience et de religion de tous les citoyens et l'égal respect, par l'État, de tous les citoyens, peu importe leurs convictions profondes, qu'elles soient religieuses ou séculières.

Au-delà des principes, il demeure possible de se demander s'il existe réellement une neutralité de l'État au Canada¹³⁹. C'est là une question bien difficile dont la réponse dépend de la signification accordée à la neutralité. Doit-on dire, comme certains auteurs en France avec la laïcité¹⁴⁰, qu'il ne doit pas exister de neutralité ouverte ou fermée mais que la neutralité? Dans ce cas, la réponse serait négative. Ou, peut-on ajouter un adjectif et dans ce cas, il existerait une neutralité (bienveillante) au Canada? Celle-ci est ouverte puisque la société s'adapte aux particularismes en les acceptant et non en imposant une uniformité qui risque de porter préjudice à celles et ceux qui ont des particularités. Néanmoins, pour certains, une telle façon d'appréhender le phénomène religieux n'est pas satisfaisant tout en considérant qu'il est nécessaire en particulier au Québec (dans lequel les débats sur la thématique de la liberté de religion se multiplient depuis quelques années) d'affirmer une laïcité consacrée dans les textes législatifs et constitutionnels, car pour eux, « l'affirmation solennelle que l'État est areligieux est un exercice urgent à faire »¹⁴¹.

139. Voir par exemple, le traitement fiscal des organismes religieux en comparaison de celui des organismes de bienfaisance non-religieux : Luc GRENON, « L'avancement de la religion comme fin de bienfaisance : une question de foi ou de rationalité? », dans les Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke, *Les sentiments et le droit*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2012, p. 257.

140. Henry PÉNA-RUIZ, *La laïcité pour l'égalité*, Paris, Édition Mille et une nuits, 2001, p. 15-17.

141. C. BEAUCHAMP, *Pour un Québec laïque*, préc., note 125, p. 121.