

L'éthicisation du droit en matière religieuse

Stéphane Bernatchez*

L'analyse juridique de la liberté de religion, de la laïcité et de la neutralité de l'État qui est proposée dans le présent article est fondée sur l'hypothèse que le droit s'éthicise en matière religieuse. L'auteur tente de démontrer cette hypothèse et prétend qu'elle offre une compréhension de l'évolution récente du traitement juridique des questions religieuses. Le projet de *Charte affirmant les valeurs de laïcité et de neutralité religieuse de l'État ainsi que d'égalité entre les femmes et les hommes et encadrant les demandes d'accommodement*, constitue l'une des dernières manifestations législatives d'éthicisation du droit en ce domaine. Sur cette base, il convient de s'interroger sur les conceptions de la religion, de la laïcité et de la neutralité de l'État contenues dans un tel projet de loi, sur la base d'un cadre d'analyse fondé sur l'éthique.

The legal analysis of religious freedom, secularism and neutrality of the state that is proposed in this text is based on the assumption that the law ethicized itself in religious matters. The author tries to demonstrate this assumption and argues that it provides an understanding of recent developments in the legal treatment of religious issues. The bill *Charter affirming the values of State secularism and religious neutrality and of equality between women and men, and providing a framework for accommodation requests*, is one of the latest legislative manifestations of ethicization of law in this area. On this basis, it is appropriate to question the conceptions of religion, secularism and neutrality of the State in this bill, hinged on a framework of ethics-based analysis.

(2015) 20:1 Lex-Electronica.org 1

Copyright © 2014 Stéphane Bernatchez.

* Professeur titulaire, Faculté de droit, Université de Sherbrooke. Cet article a d'abord fait l'objet d'une communication dans le cadre du colloque « Laïcité, obligation de neutralité de l'État et droits de la personne », Association du Barreau canadien, Division Québec, 7 novembre 2013, puis d'une conférence lors d'une journée d'études organisée par le Centre de recherche Société, Droit et Religions de l'Université de Sherbrooke (SoDRUS), le 14 mars 2014.

Introduction	3
1. La liberté de religion	10
1.1. La prétention à la sincérité	12
1.2. La valeur de la liberté de religion	16
2. La laïcité et l'obligation de neutralité de l'État en matière religieuse	25
2.1. Une conception politique de la laïcité	27
2.2. La neutralité (bienveillante?) de l'État	32
Conclusion	38

L'éthicisation du droit en matière religieuse

Stéphane Bernatchez

Il faudrait réactiver cette chose délicieuse qui consiste à réfléchir sans se croire obligé d'accrocher au bout de sa pensée une opinion. Nous n'arrêtons pas d'opiner, et cela fait un bruit exaspérant.

Dany Laferrière¹

INTRODUCTION

Le droit s'éthicise en matière religieuse. Telle est l'hypothèse que le présent texte cherche à démontrer. Les récents débats sur les questions de liberté de religion, de laïcité et de neutralité religieuse de l'État peuvent certes être analysés selon différentes perspectives : au plan politique, il semble difficile d'écarter l'analyse des choix gouvernementaux et législatifs en termes de *wedge politics*; au plan juridique, la question devient souvent celle de savoir si les législations proposées respectent les chartes québécoise et canadienne des droits et libertés. Un tel travail de doctrine, qui consiste à émettre une opinion juridique, s'apparenterait dans le présent cas à ce que proposait le juriste américain Oliver Wendell Holmes Jr., tenant de la *sociological jurisprudence*, lorsqu'il définissait le droit comme étant la prédiction de ce que les tribunaux décideront². À cet égard, la plupart des constitutionnalistes ayant participé au débat public semblent d'avis que l'interdiction de port de signes religieux pour les agents de l'État (sauf les personnes en autorité, tels les juges, procureurs de la Couronne, policiers, gardiens de prison, le président de l'Assemblée nationale,

-
1. Dany LAFERRIÈRE, *Journal d'un écrivain en pyjama*, Montréal, Mémoire d'encrier, 2013, p. 111.
 2. Oliver WENDELL HOLMES JR., « The Path of Law », (1897) 10 *H.L.R.* 457 : « The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law ».

etc.) constitue une atteinte injustifiée à la liberté de religion et serait, par conséquent, invalidée par les tribunaux.

Un autre type d'analyse juridique est cependant possible, sur la base cette fois de la théorie du droit; elle ouvre d'ailleurs vers la philosophie du droit³. Le débat sur les accommodements raisonnables, que le rapport Bouchard-Taylor a qualifié de crise des perceptions⁴, mais qui révélait, dans la perspective juridique – qui n'a toutefois pas constitué le cadre d'analyse retenu par cette commission⁵ –, un problème beaucoup plus fondamental, soit un réel problème d'écart entre le droit et le monde vécu⁶, a montré en quoi la reconnaissance de ce qui était bien souvent considéré, à tort, mais de façon certaine, comme des privilèges, n'était pas socialement acceptée. Le défi pour la théorie du droit, qui cherche à élucider le phénomène juridique, consiste alors à dépasser le formalisme juridique et « à comprendre cette pratique par laquelle un groupe social produit une signification normative partagée »⁷. En d'autres termes, il ne suffit pas de reconnaître le droit à l'égalité dans une charte pour que l'objectif visé se réalise effectivement et que la transformation souhaitée opère réellement.

Le cadre d'analyse adopté dans le présent texte est celui de l'éthicisation du droit⁸, cette approche selon laquelle le droit a recours à l'éthique, y réfère ou y renvoie, qu'il s'éthicise, par exemple en matière de droits et libertés ou de médiation⁹. Depuis longtemps déjà, il a été démontré que les chartes des droits, en raison de l'indétermination axiologique des droits et libertés, amenaient les juges à recourir à

-
3. Stéphane BERNATCHEZ, « La doctrine juridique, un obstacle à la théorie du droit ? », dans Georges AZZARIA (dir.), *Les cadres théoriques et le droit*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 7.
 4. COMMISSION DE CONSULTATION SUR LES PRATIQUES D'ACCOMMODEMENT RELIÉES AUX DIFFÉRENCES CULTURELLES, *Fonder l'avenir. Le temps de la réconciliation*, Rapport Gérard Bouchard et Charles Taylor, Québec, Gouvernement du Québec, 2008, p. 18 (ci-après « Rapport Bouchard-Taylor »).
 5. Stéphane BERNATCHEZ, « Un rapport au droit difficile. La commission Bouchard-Taylor et les accommodements raisonnables », dans INSTITUT CANADIEN D'ÉTUDES JURIDIQUES SUPÉRIEURES, *Droits de la personne. Éthique et droit : nouveaux défis*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 69.
 6. Stéphane BERNATCHEZ, « Les enjeux juridiques du débat québécois sur les accommodements raisonnables », (2007) 38 *R.D.U.S.* 233.
 7. Jacques LENOBLE, « Au-delà du juge : des approches herméneutique et pragmatiste à une approche génétique du concept de droit », (2007) 1 *EJLS* 1, 3.
 8. Georges A. LEGAULT, *L'hypothèse de l'éthicisation du droit. Les modes de règlement des différends : vers une autre « justice »?*, Document 11, coll. « Essais et conférences », Chaire d'éthique appliquée, Université de Sherbrooke, Sherbrooke, Éditions G.G.C., 2001; Louise LALONDE, « Les modes de PRD : vers une nouvelle conception de la justice? », (2003) 1 *Revue de Prévention et de Règlement des Différends* 17.
 9. Georges A. LEGAULT, « Les nouveaux modes de règlement des différends et la transformation de la fonction de juger : vers une justice renouvelée », (2001) 3 *Éthique publique* 69.

l'éthique dans leur raisonnement¹⁰ : « Sous le règne des chartes, les juristes sont tôt ou tard contraints d'exposer et de mettre en question les postulats ontologiques, épistémologiques et philosophiques du droit positif »¹¹.

D'une certaine façon, les chartes ont repris à leur compte la fonction qu'a pu exercer à une certaine époque le recours au droit naturel, que l'on a défini comme permettant « l'évaluation des lois, et notamment la critique des lois injustes ». Les droits qu'elles promeuvent revêtent en effet les habits du juste et c'est par leur truchement que celui-ci effectue un retour dans le droit comme principe d'évaluation de la loi positive, idée anathème pour bien des juristes positivistes orthodoxes. Il s'ensuit que, tel que consacré par les chartes, le droit flirte parfois avec l'éthique.¹²

Selon la conception de l'éthicismation du droit qui est proposée ici, lorsqu'il renvoie à l'éthique ou qu'il réfère à des notions développées en éthique philosophique ou en éthique appliquée, le droit n'instrumentalise pas l'éthique, mais plutôt admet ses propres limites sous la forme d'une reconnaissance de l'éthique, conçue comme complément ou même, comme compétence¹³. Selon l'hypothèse de l'éthicismation du droit, le droit s'en remet à l'éthique, et notamment à l'éthique appliquée, en permettant la « contextualisation croissante des procédures d'élaboration et d'application des règles »¹⁴, en autorisant « l'appréhension de l'internormativité » et en favorisant la construction d'une norme au départ du monde vécu¹⁵.

Puisque « les concepts philosophiques doivent nous aider à comprendre le réel »¹⁶, les juristes y ont recours non seulement dans l'élaboration de leur théorie,

-
10. Georges A. LEGAULT, « La fonction éthique des juges de la Cour suprême du Canada », (1989) 1 *Ethica* 95; Alain-François BISSON, « Aristote, rue Wellington, ou des philosophes et des juges », (1989) 20 *R.G.D.* 391; Christian BRUNELLE, « L'interprétation des droits constitutionnels par le recours aux philosophes », (1990) 50 *R. du B.* 353; Luc BÉGIN, « L'intervention du droit et des juges dans la définition de notre éthique collective », dans Georges A. LEGAULT, Alejandro RADA-DONATH et Guy BOURGEOULT (dir.), *Éthique de société*, Sherbrooke, Éditions G.C.C., 1999, p. 221.
 11. Jean-François GAUDREAU-DESBIENS et Diane LABRÈCHE, *Le contexte social du droit dans le Québec contemporain. L'intelligence culturelle dans la pratique des juristes*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 65.
 12. *Id.*, p. 67. Les auteurs citent : Alain RENAULT, « Le problème de la loi injuste. Remarques sur l'anti-juridisme contemporain », (1987) 12 *Cahiers de philosophie politique et juridique* 169, 176.
 13. André LACROIX, « L'insuffisance du droit en matière d'éthique ou les lois sur l'éthique : voyage au pays de l'absurde! », (2011) 13 *Éthique publique* 95; Luc BÉGIN, « La compétence éthique : la comprendre, la valoriser », dans Luc BÉGIN (dir.), *Cinq questions d'éthique organisationnelle*, Montréal, Éditions Nota bene, 2014, p. 173.
 14. Jacques LENOBLE, « Idéal de la raison et raison procédurale », dans Josiane BOULAD-AYOUB, Bjarne MELKEVIK et Pierre ROBERT (dir.), *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Québec/Paris, PUL/L'Harmattan, 1996, p. 257, à la page 287.
 15. Louise LALONDE, préc., note 8, 30 et suiv.
 16. Daniel M. WEINSTOCK, *Profession : Éthicien*, Montréal, P.U.M., 2006, p. 12.

mais également dans la pratique du droit. Ainsi, il est assez rapidement apparu dans la jurisprudence que l'analyse conceptuelle des droits et libertés de la personne, plus particulièrement aux fins de leur interprétation et de leur délimitation, exigeait de recourir à la philosophie afin de déterminer le sens de la liberté¹⁷, de la dignité¹⁸, de la société libre et démocratique¹⁹, de l'égalité²⁰, etc. À cet égard, comme l'a reconnu la Cour suprême du Canada, l'analyse conceptuelle du droit nécessite souvent un « éclaircissement philosophique »²¹. Alors que la Cour suprême « accorde de plus en plus d'importance aux ouvrages non juridiques », « ce sont les ouvrages philosophiques qui tiennent le haut du pavé » et il est « souhaitable qu'il en soit ainsi »²², selon Christian Brunelle qui a examiné des arrêts dans lesquels la Cour a eu recours aux philosophes pour interpréter les droits dans les premières années de la *Charte canadienne*. Le professeur Brunelle en concluait toutefois que la démarche judiciaire, lorsqu'elle emprunte à la philosophie, « n'est pas toujours garante de résultats heureux » :

Aux prises avec les impératifs temporels que dictent l'idéal d'une justice expéditive et le nombre effarant de litiges fort complexes qu'elle a à trancher, la Cour suprême n'a tout simplement pas les ressources nécessaires pour s'imprégner de toute l'essence de la réflexion des philosophes.

Partant, la Cour se limite à glaner ici et là des extraits d'œuvres philosophiques – déjà connues par elle, soumis par les plaideurs ou encore repérés par ses chercheurs – qui ne reflètent parfois qu'imparfaitement la pensée de leurs auteurs, lesquels ont à ses yeux sensiblement la même valeur, peu importe l'époque où ils ont avancé leurs théories. D'autre part, ces extraits pourront lui servir, en certaines occasions, à des fins purement rhétoriques

-
17. Stéphane BERNATCHEZ, « La signification du droit à la liberté d'expression au crépuscule de l'idéal », (2012) 53 *C.deD.* 687.
18. Daniel PROULX, « Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination : deux Chartes, deux modèles », (2003) *R. du B.* (Numéro spécial) 487; Christian BRUNELLE, « La dignité dans la Charte des droits et libertés de la personne : de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale », (2005) *R. du B.* (Numéro thématique hors-série) 143. L'auteur cite Catherine LAURENT, *Bioéthique et ordre public*, thèse de doctorat, Lille, Faculté de droit, Université de Montpellier 1, 2002, p 219 : « Le droit éprouve une certaine difficulté à définir la dignité humaine car il faut pour trouver son contenu définir ce qui fait l'humanité d'un être humain, or, cette réponse est essentiellement philosophique. Les contours juridiques du principe de dignité restent assez incertains. La notion a un sens multiple. »
19. Andrée LAJOIE *et al.*, « Les représentations de « société libre et démocratique » à la Cour Dickson, la rhétorique dans le discours judiciaire canadien », (1994) 32 *O.H.L.J.* 295.
20. Daniel PROULX, « Les valeurs et intérêts protégés par l'égalité », dans Gérald-Armand BEAUDOIN (dir.), *Vues canadiennes et européennes des droits et libertés. Actes des Journées strasbourgeoises 1988*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 61, à la page 70; Manon MONTPETIT et Stéphane BERNATCHEZ, « La valse-hésitation du droit à l'égalité pour le bal des dix ans de la Cour McLachlin », (2010) 26 *Revue nationale de droit constitutionnel* 231.
21. *R. v. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 22
22. C. BRUNELLE, préc., note 10, 370.

ou pour soutenir des affirmations dont nulle personne raisonnable ne saurait contester le bien-fondé tant leur justesse saute aux yeux. En ce sens, la Cour ne reconnaît peut-être pas toujours dans toute sa plénitude l'utilité de la philosophie en matière d'interprétation des droits constitutionnels.

Pleinement souveraine dans le choix des philosophes auxquels elle se réfère et parfaitement libre d'adhérer ou non à leurs thèses, la Cour n'utilise la philosophie que pour parvenir à des fins précises qu'elle considère désirables. Ainsi, si l'incertitude demeure encore aujourd'hui quant à savoir si la doctrine juridique est une « source du droit », aucun doute ne subsiste à l'égard de la doctrine philosophique : elle n'en est rien. Au mieux pouvons-nous entretenir l'espoir qu'elle devienne une « source de réflexion » à laquelle les tribunaux de tous niveaux accepteront volontiers de « s'abreuer », tout en faisant montre de toute la clairvoyance que requiert l'interprétation des droits et libertés.²³

Cette conclusion relative aux limites du traitement judiciaire de la philosophie rejoint d'autres analyses qui ont démontré qu'en ce domaine, le discours des juges demeure insuffisamment théorisé du point de vue de l'éthique philosophique²⁴. Les juges se limitent généralement à citer des philosophes *comme des autorités*, plutôt que d'intégrer leur raisonnement dans leur propre argumentation, ce qui permettrait de passer de la philosophie du droit à la philosophie juridique²⁵. Dans un jugement où elle précise l'approche interprétative applicable pour interpréter la Charte québécoise, la juge L'Heureux-Dubé a émis une réserve importante à l'égard du recours aux philosophes – en l'espèce Aristote – pour fonder des théories contemporaines – en l'espèce la théorie de l'interprétation juridique de William Eskridge²⁶ –, en ce que « cette opinion a une tendance divergente par rapport aux concepts de règle de droit et d'état de droit tels que nous les acceptons aujourd'hui dans nos sociétés démocratiques » : « Nous devons donc conserver une attitude extrêmement circonspecte par rapport aux opinions sociopolitiques exprimées par les auteurs classiques, afin d'éviter de fonder le développement de notre système judiciaire sur un soubassement théorique lézardé »²⁷.

23. *Id.*, 390.

24. L. BÉGIN, préc., note 10; Georges LEGAULT, « La crise des représentations en droit », dans Georges A. LEGAULT, Alejandro RADA-DONATH et Guy BOURGÉAULT (dir.), *Éthique de société*, Sherbrooke, Éditions G.C.C., 1999, p. 247; Luc B. TREMBLAY, « Le Canada de la Charte : une démocratie libérale neutre ou perfectionniste ? », (1995) 40 *R.D. McGill* 487; Stéphane BERNATCHEZ, « La fonction paradoxale de la morale et de l'éthique dans le discours judiciaire », (2006) 85 *R. du Bar. Can.* 221; Stéphane BERNATCHEZ, « La Cour suprême du Canada et la Charte québécoise des droits et libertés : des décisions judiciaires non-entièrement théorisées en guise de dialogues », (2008) 1 *Revue Québécoise de Droit Constitutionnel* 1.

25. Maxime ST-HILAIRE, « Profession éthicien : quel rapport avec celle de juriste? », (2008) 22 *Diacritica* 107, 115-116.

26. William N. ESKRIDGE, *Dynamic Statutory Interpretation*, Cambridge, Harvard University Press, 1994.

27. 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919, par. 175.

La « fonction éthique » des juges se manifeste plus particulièrement encore lorsque la question soulevée les amène à s'intéresser « directement aux finalités et à la rationalité qui justifie qu'un intérêt passe avant celui d'un autre »²⁸. En évaluant ainsi la rationalité des fins, leur jugement comme compétence décisionnelle relève de l'éthique²⁹. S'appuyant sur une distinction établie par Habermas³⁰, Luc Bégin considère que le droit et les juges façonnent cependant l'éthique collective dans une perspective plus déontologique que téléologique³¹ : « [...] Habermas soulignera avec insistance qu'une telle moralité est moins à comprendre en termes de valeurs fondamentales – appelant à de continues hiérarchisations en regard de l'appréciation conjoncturelle de certains biens – qu'en termes de normes ayant un sens déontologique, c'est-à-dire s'imposant à tous de la même manière, sans exception, et ayant une prétention de validité indépendamment des préférences du moment »³².

En matière religieuse, le discours porte de plus en plus sur le vivre-ensemble³³, un thème cher à l'éthique appliquée. C'est ainsi que dans le récent arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme, portant sur l'interdiction législative de porter une tenue destinée à dissimuler le visage dans l'espace public français, la Grande Chambre de la Cour a jugé que cette interdiction peut être justifiée dans son principe dans la seule mesure où elle vise à garantir les conditions du « vivre ensemble »³⁴.

Le récent projet de loi intitulé *Charte affirmant les valeurs de laïcité et de neutralité religieuse de l'État ainsi que d'égalité entre les femmes et les hommes et encadrant les demandes d'accommodement* s'avérait une tentative de légiférer sur les valeurs, ce que les éthiciens et les juristes ont nommé des lois sur l'éthique ou lois éthiques. Au cours des dernières années, le législateur québécois a en effet adopté différentes lois de ce type³⁵, ce qui n'a pas manqué de susciter réflexions et débats³⁶. Le projet de

28. G.A. LEGAULT, préc., note 10, 108.

29. *Id.*

30. Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, p. 276 et suiv.

31. L. BÉGIN, préc., note 10.

32. *Id.*, p. 229.

33. Voir le Rapport Bouchard-Taylor, préc., note 4, p. 91, 105, 108, 109, 123, 135, 141, 150, 160, 164 et 251.

34. C.E.D.H., gr. ch., 1^{er} juill. 2014, n° 43835/11, S.A.S. c. France.

35. À titre d'exemples, de lois ou de projets de loi : *Loi visant à affirmer les valeurs fondamentales de la nation québécoise*, projet de loi n° 391, 39^e légis. (Qc); *Code d'éthique et de déontologie des membres de l'Assemblée nationale*, RLRQ, c. C-23.1; *Loi sur l'éthique et la déontologie en matière municipale*, RLRQ, c. E-15.1.0.1; *Loi sur la transparence et l'éthique en matière de lobbyisme*, RLRQ, c. T-11.011. Voir aussi le règlement : *Code de déontologie des avocats*, RLRQ, c. B-1, r. 3.1.

36. Luc BÉGIN, « Légiférer en matière d'éthique : le difficile équilibre entre éthique et déontologie », (2011) 13 *Éthique publique* 39; A. LACROIX, préc., note 13; Vincent BIBEAU, « L'éthique et la déontologie dans la fonction publique québécoise : complémentarité ou confusion? », (2011) 13 *Éthique publique* 25; Nicole MARCHAND, « L'éthique, la déontologie et la politique dans les réformes éthiques municipales : la concurrence des normativités », (2011) 13 *Éthique publique*

Charte ne renvoyait pas à l'éthique que par son titre, il affirmait de plus les valeurs (de laïcité, de neutralité, d'égalité) dans son préambule. Ce projet opérait en quelque sorte un « travestissement téléologique des droits »³⁷, ces derniers étant transformés en valeurs³⁸. Le préambule du projet de loi était celui d'une loi éthique :

PRÉAMBULE

L'Assemblée nationale du Québec affirme les valeurs que constituent la séparation des religions et de l'État ainsi que la neutralité religieuse et le caractère laïque de celui-ci;

L'Assemblée nationale réitère l'importance qu'elle accorde à la valeur que représente l'égalité entre les femmes et les hommes;

L'Assemblée nationale reconnaît qu'il y a lieu de prévoir certaines mesures visant à assurer le respect de ces valeurs;

L'Assemblée nationale estime qu'il est nécessaire d'établir certaines balises pour le traitement des demandes d'accommodement, notamment en matière religieuse;

L'Assemblée nationale réaffirme l'importance qu'elle accorde aux droits et libertés de la personne;

Une fois les valeurs affirmées, le projet de Charte retombait toutefois, comme c'est souvent le cas avec les lois éthiques, dans la déontologie et le droit le plus classique. Il ne s'agissait donc pas de demander aux destinataires de la norme d'élaborer eux-mêmes le régime normatif les régissant, de construire le sens des valeurs, mais plutôt de leur imposer des devoirs et des obligations, assorties de sanctions, en attendant d'eux qu'ils obéissent et se soumettent. Par de telles prescriptions, le projet de Charte ne pouvait donc pas actualiser son potentiel réflexif et donner effet à son exigence de réflexivité, manquant de cette manière de relever adéquatement le défi que représentent, pour le droit, les lois éthiques³⁹.

Le présent texte ne porte pas directement sur la *Charte affirmant les valeurs de laïcité, de neutralité religieuse de l'État et d'égalité entre les femmes et les hommes et encadrant les demandes d'accommodement*. La pertinence de l'examen de ce projet de loi s'avère moindre depuis qu'il est mort au feuilleton suite à l'élection générale du 7 avril 2014. D'ailleurs, d'autres projets de lois sur la laïcité et la neutralité ont aussi été déposés à l'Assemblée nationale durant cette même législature : par la députée Fran-

75; Louise LALONDE, « Les «lois éthiques», un défi pour le droit », (2011) 13 *Éthique publique* 117; Luc BÉGIN, « L'illusion d'une exigence légale de réflexivité », dans Louise LALONDE (dir.), *Le droit, vecteur de la gouvernance en santé? Défis théoriques et enjeux pratiques de l'accès aux soins de santé*, Sherbrooke, Éditions RDUS, 2012, p. 109.

37. J. HABERMAS, préc., note 30, p. 280.

38. *Id.*, p. 276 et suiv.

39. L. LALONDE, préc., note 36.

çoise David⁴⁰, par la députée Nathalie Roy⁴¹ et par la députée Fatima Houda-Pepin⁴². Ces autres projets auraient aussi mérité qu'on s'y attarde. Un nouveau projet de loi vient d'ailleurs tout juste d'être déposé à l'Assemblée nationale par la ministre de la Justice, la députée Stéphanie Vallée⁴³.

Sans aborder directement ces différents projets de loi, le présent article tente de réfléchir à certaines questions qui ont été soulevées par les différents intervenants en regard de ces projets, dont celle qui semble occuper davantage l'espace public, soit la signification de la liberté de religion, de la laïcité et de la neutralité religieuse de l'État. Plus particulièrement, l'analyse fondée sur l'éthicisation du droit, c'est du moins l'hypothèse qui est faite ici, permet d'éclairer ou de comprendre les concepts juridiques en cause. Dans le présent article, la liberté de religion, d'une part, et, d'autre part, la laïcité et l'obligation de neutralité de l'État seront analysées, en tentant de montrer comment y opère l'éthicisation du droit. Il s'agit donc de montrer différentes formes d'éthicisation du droit en matière religieuse : d'une part, la liberté de religion se comprend sur la base d'un critère de sincérité (IA) et se laisse mieux saisir comme liberté de conscience (IB); d'autre part, la laïcité doit être comprise de manière politique plutôt que perfectionniste (IIA) et la neutralité, sans bienveillance (IIB).

1. La liberté de religion

La première démonstration de l'éthicisation du droit en matière religieuse concerne la signification accordée judiciairement à la liberté de religion. Devant la difficulté que pose l'interprétation de la liberté de religion, les tribunaux s'en sont remis, implicitement, à un critère relevant de l'éthique, ce qui n'a pas été sans causer, pour la science juridique, la perception d'une certaine anomalie. En effet, pour les juristes il peut paraître étonnant que la revendication à la protection d'un droit puisse s'évaluer en fonction de la prétention à la sincérité de la personne qui s'en réclame. Habituellement, il ne suffit de prétendre sincèrement à l'existence d'un droit pour qu'il soit reconnu. L'hypothèse de l'éthicisation du droit permet d'éclairer cette transformation récente de la liberté de religion.

40. *Charte de la laïcité de l'État québécois*, projet de loi n° 398 (présentation), 1^{re} session, 40^e législature (Qc).

41. *Charte de la laïcité*, projet de loi n° 492 (présentation), 1^{re} session, 40^e législature (Qc).

42. *Loi sur la neutralité de l'État et la lutte contre l'intégrisme religieux et modifiant la Charte des droits et libertés de la personne et la Loi sur le ministère du Conseil exécutif*, projet de loi n° 491 (présentation), 1^{re} session, 40^e législature (Qc).

43. *Loi favorisant le respect de la neutralité religieuse de l'État et visant notamment à encadrer les demandes d'accommodements religieux dans certains organismes*, projet de loi n° 62 (présentation), 1^{re} session, 41^e législature (Qc).

Plus encore, l'éthique permet d'établir une distinction entre certaines valeurs que l'on peut accorder à la liberté de religion, ce qui pourrait permettre de justifier différentes normes de contrôle judiciaire de constitutionnalité. Ainsi, selon qu'elle est conçue comme liberté de conscience ou comme liberté de choix, la liberté de religion ne revêt pas le même sens pour le croyant. Une telle conceptualisation de la liberté de religion remet en question les postulats généralement reconnus à cette liberté. Le débat contemporain autour de la conception libérale des droits interroge la possibilité d'appliquer ces droits sans présupposer une conception particulière de la vie bonne ou du bien. La thèse libérale de la primauté des droits, qui consiste à affirmer que les justifications fondées sur les droits jouissent d'une priorité sur toutes les considérations autres, est remise en question par les tenants de la théorie libérale eux-mêmes.

Le libéralisme politico-juridique, dont l'une des plus importantes formulations a été élaborée par le philosophe du droit Ronald Dworkin, avait proposé, pour expliquer le rôle et l'importance des droits et libertés dans la société politique, de les concevoir comme étant des atouts que toute personne peut faire valoir à l'encontre des décisions majoritaires et collectives⁴⁴.

Les droits individuels sont des atouts politiques détenus par les individus. Les individus ont des droits quand, pour une raison ou une autre, un but commun n'est pas une justification suffisante pour les priver de ce qu'ils désirent, en tant qu'individus, obtenir ou accomplir; ou lorsqu'il ne constitue pas une justification suffisante pour leur imposer une perte ou un tort⁴⁵.

Selon cette logique individualiste, les droits constituent des principes déontologiques qui l'emportent à l'égard de toute considération conséquentialiste ou utilitariste susceptible d'être invoquée sous la forme de l'intérêt général, du bien-être général ou du plus grand bonheur du plus grand nombre. La philosophie du droit contemporaine a proposé de remplacer ce modèle libéral de la priorité des droits par une approche pluraliste de la proportionnalité devant régir la justification de la limitation des droits⁴⁶. Dans le présent article, il s'agit plutôt de s'attarder à la conception de la liberté de religion en elle-même, là où le modèle libéral continue d'influencer la façon de conceptualiser le droit. L'éthicismation du droit se manifeste dans l'appréhension du concept de liberté de religion.

44. Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978, p. xi. Voir aussi Ronald DWORKIN, « Rights as Trumps », dans Jeremy WALDRON (dir.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984, p. 153.

45. Ronald DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995, p. 44.

46. Luc B. TREMBLAY, « Le principe de proportionnalité dans une société démocratique, égalitaire, pluraliste et multiculturelle », (2012) 57 *R.D. McGill* 429.

1.1. La prétention à la sincérité

Il demeure difficile de saisir ce que signifie une croyance pour une personne. Pour expliquer ce qu'est la religion dans la perspective d'un croyant, le professeur Jean-François Gaudreault-Desbiens réfère à la notion de doctrine compréhensive de Rawls⁴⁷; le croyant considère sa foi comme un bien premier⁴⁸. Le mouvement droit et littérature suggère que la littérature peut nous aider à mieux comprendre le contexte religieux⁴⁹.

La liberté de religion est souvent assimilée à la liberté en général afin de correspondre à la conception libérale de la neutralité⁵⁰. Cette manière de concevoir la liberté de religion pose problème dans la mesure où elle permet difficilement de justifier la protection constitutionnelle accordée à la liberté de religion, en ce que le choix de mener une vie fondée sur la religion se compare dès lors avec d'autres choix de vie possibles qui sont aussi valables⁵¹.

Cette neutralité dans la manière de saisir la liberté de religion peut être observée dans le raisonnement juridique proposé par la Cour suprême en matière de liberté de religion. En effet, en retenant le critère de la croyance sincère, la Cour suprême n'oblige pas celui qui invoque cette liberté à « prouver l'existence de quelque obligation, exigence ou précepte religieux objectif »⁵². Il faut toutefois préciser qu'à la première étape visant à démontrer que la liberté de religion est en jeu, il s'agit d'établir sa croyance sincère, « la personne qui présente un argument fondé sur cette liberté doit démontrer qu'elle possède une pratique ou une croyance qui est liée à

47. John RAWLS, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993, p. 146.

48. Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « Quelques angles morts du débat sur l'accommodement raisonnable à la lumière de la question du port de signes religieux à l'école publique : réflexions en forme de points d'interrogation », dans Myriam JÉZÉQUEL (dir.), *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 241, à la page 260.

49. James Boyd WHITE, « Talking about Religion in the Language of the Law : Impossible but Necessary », (1998) 81 *Marquette Law Review* 177; James Boyd WHITE, « Meaning in the Life of a Lawyer », (1996) 26 *Cumberland Law Review* 763; Martha C. NAUSSBAUM, *L'art d'être juste*, Paris, Flammarion-Climats, 2015. L'auteur du présent article remercie M^e Mario Normandin pour lui avoir suggéré cette piste « droit et littérature ».

50. Michael SANDEL, *Le libéralisme et les limites de la justice*, Paris, Seuil, 1999, p. 17.

51. Brian LEITER, *Why Tolerate Religion?*, Princeton, Princeton University Press, 2013.

52. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, par. 48. Pour une interprétation selon laquelle le critère de la croyance religieuse sincère exige également un lien objectif entre la croyance ou la pratique invoquée et une religion attestée, voir David ROBITAILLE et Sébastien GRAMMOND, « Les processus d'accommodement religieux et autochtone dans les institutions publiques canadiennes : quelques comparaisons », (2009) 50 *C.deD.* 75, 97 et suiv.; David ROBITAILLE et Sébastien GRAMMOND, « Les processus d'accommodement religieux et autochtone dans les institutions publiques canadiennes : quelques comparaisons », dans Christian BRUNELLE et Patrick A. MOLINARI (dir.), *Accommodements raisonnables et rôle de l'État : un défi démocratique*, Montréal, Institut canadien d'administration de la justice, 2009, p. 103.

la religion et requiert une conduite particulière, soit parce qu'elle est objectivement ou subjectivement obligatoire ou coutumière, soit parce que, subjectivement, elle crée de façon générale un lien personnel avec le divin ou avec le sujet ou l'objet de sa foi spirituelle, que cette pratique ou croyance soit ou non requise par un dogme religieux officiel ou conforme à la position de représentants religieux »⁵³.

Comme ce critère de la croyance sincère risquait de trop faciliter la tâche du demandeur ou requérant, la Cour suprême a par la suite, afin d'équilibrer les forces des arguments⁵⁴, établi que ce dernier ne pouvait simplement prétendre subjectivement à une atteinte à sa liberté de religion, qu'il devait faire la preuve objective d'une atteinte⁵⁵, et, un peu plus tard, la Cour s'est montrée moins exigeante à l'égard du fardeau de preuve que doit satisfaire l'État afin de justifier une atteinte à la liberté de religion⁵⁶.

Ce qu'il s'agit de montrer dans le présent article, c'est précisément que le critère de la croyance sincère participe de l'éthicisation du droit en matière religieuse. L'opportunité d'un tel critère a déjà été discutée. Entre autres, il présente certes l'avantage, comme l'a énoncé la Cour suprême du Canada, d'éviter que les tribunaux n'aient à s'ériger en arbitres des dogmes religieux. Il permet aux tribunaux de demeurer neutres à l'égard de la religion et de saisir la pratique ou l'objet dans sa signification religieuse⁵⁷. Dans l'arrêt *Amselem*, la Cour a justifié comme suit ce choix du critère subjectif :

Si on imposait à une personne l'obligation de prouver que ses pratiques religieuses reposent sur un article de foi obligatoire, laissant ainsi aux juges le soin de déterminer quels sont ces articles de foi obligatoires, les tribunaux seraient obligés de s'ingérer dans des croyances intimes profondes.

À mon avis, l'État n'est pas en mesure d'agir comme arbitre des dogmes religieux, et il ne devrait pas le devenir. Les tribunaux devraient donc éviter d'interpréter — et ce faisant de déterminer —, explicitement ou implicitement, le contenu d'une conception subjective de quelque exigence, « obligation », précepte, « commandement », coutume ou rituel d'ordre religieux. Statuer sur des différends théologiques ou religieux ou sur des questions litigieuses touchant la doctrine religieuse amènerait les tribunaux à s'empêtrer sans justification dans le domaine de la religion.

Bien que les tribunaux ne soient pas qualifiés pour se prononcer sur la validité ou la véracité d'une pratique ou croyance religieuse, ou pour

53. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 52, par. 46.

54. 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.

55. *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, [2012] 1 R.C.S. 235, 2012 CSC 7.

56. *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567, 2009 CSC 37.

57. David KOUSSENS, « La religion «saisie» par le droit. Comment l'État laïque définit-il la religion au Québec et en France? », (2011) 52 *Recherches sociographiques* 799.

choisir parmi les diverses interprétations d'une croyance, ils sont qualifiés pour statuer sur la sincérité de la croyance du demandeur, lorsque cette sincérité est effectivement une question litigieuse

Cette interprétation de la liberté de religion permet dans les faits d'éviter que l'État et ses tribunaux ne s'ingèrent de façon indue dans les croyances religieuses. La solution inverse donnerait indubitablement lieu à des intrusions injustifiées dans les affaires religieuses des synagogues, églises, mosquées, temples et autres lieux du culte du pays et la condamnation de croyances minoritaires ou non traditionnelles à partir de jugements de valeur.⁵⁸

Par exemple, cette conception subjective permet plus aisément aux juges canadiens qu'aux juges européens de lire le « voile intégral » comme objet religieux⁵⁹; elle permet également d'éviter toute argumentation culturaliste (le radicalisme religieux comme produit d'importation) ou stéréotypée sur le sens à attribuer au voile intégral (le voile intégral comme symbole de domination de la femme) qui n'aurait d'autre effet que d'ethnicher celles qui le portent, de les poser comme altérité au regard d'un système de valeurs (occidentales) dont la singularité tient essentiellement aujourd'hui à son caractère défensif. Cette approche évite ainsi le débat sur la signification d'un objet religieux ou d'une pratique religieuse⁶⁰.

Afin d'éclairer la conceptualisation d'arrière-plan du critère de la croyance sincère, il convient d'en faire l'analyse selon l'hypothèse de l'éthicisation du droit. Cette analyse sera menée ici suivant la théorie communicationnelle élaborée par l'éthique de la discussion de Jürgen Habermas⁶¹. Selon cette théorie, l'entente est la finalité du langage qui consiste non pas à transmettre une information ou une signification, ou à connaître l'intention du locuteur ou de l'auteur, mais à élever des prétentions à la validité en vue de cette intercompréhension⁶². Habermas a bien montré que les prétentions à la validité sont de différents ordres selon qu'il s'agit d'arguments (1) dans le monde des sciences, où la validité sera de l'ordre de la vérité objective, (2) dans le monde social régulé par des normes, où énoncer une proposition élève des prétentions à la justesse normative et, enfin, (3) dans le monde subjectif, où il s'agit précisément de prétentions à la sincérité ou à l'authenticité. Comme l'a souligné

58. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 52, par. 49, 50, 51, 55.

59. David KOUSSENS, Stéphane BERNATCHEZ et Marie-Pierre ROBERT, « Le voile intégral. Analyse juridique d'un objet religieux », (2013) 29 *Revue canadienne droit et société* 1.

60. Stéphane BERNATCHEZ, « Pourquoi criminaliser la polygamie? Un débat constitutionnel et social sur la signification d'une pratique religieuse », (2014) 7 *Annuaire Droit et Religions* 459; Stéphane BERNATCHEZ, « Why Criminalize Polygamy? A Constitutional and Social Debate over the Meaning of a Religious Practice », dans Marie-Pierre ROBERT, David KOUSSENS and Stéphane BERNATCHEZ (dir.), *Of Crime and Religion : Polygamy in Canadian Law*, Sherbrooke, Éditions RDUS, 2014, p. 37.

61. Jürgen HABERMAS, *De l'éthique de la discussion*, Paris, Cerf, 1992.

62. Jürgen HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel*, t. 1, Paris, Fayard, 1987, chap. III.

Marc Hunyadi, « la nouveauté de cette conception du langage est de lier indissociablement validité et signification; c'est-à-dire qu'on ne comprend un énoncé, sa signification, que si l'on connaît les conditions de sa validité, donc si on sait à quelles conditions sa prétention à la validité peut être honorée »⁶³. Or, en l'espèce, c'est précisément la conception des conditions de validité de la prétention à un droit qui paraît, *a priori*, poser problème.

Cette philosophie du langage permet donc de mieux comprendre l'étonnement des juristes face au critère retenu par la Cour suprême; à savoir, exactement, qu'il fait reposer l'entière d'un jugement normatif (dans le monde social régulé par des normes) sur une prétention de sincérité (propre au monde subjectif), alors qu'il s'agit bien de revendiquer, dans le cadre d'une prétention à la justesse normative, un droit à la liberté de religion. Le passage au critère de sincérité du monde subjectif modifie la condition de validité d'une norme, constitutionnelle de surcroît. En s'éthiciant, le droit en appelle à de nouvelles conditions pour honorer la prétention à la validité. Seule cette hypothèse d'éthicismation permet de réconcilier la pratique juridique, judiciaire en l'occurrence, avec des fondements valides. Car, à défaut de comprendre le droit à la lumière de l'éthique, il n'y a pas de sens à parler de sincérité pour fonder la validité de la revendication et de la reconnaissance d'un droit. Le critère retenu par la Cour suprême du Canada ne s'explique que par cette hypothèse d'éthicismation du droit.

Afin de mieux comprendre en quoi ce critère de la croyance sincère remet en question les catégories juridiques traditionnelles dans la mesure où il semble leur échapper, il convient en effet de faire appel à cette hypothèse de l'éthicismation du droit⁶⁴, en vertu de laquelle le jugement juridique a recours à des notions développées par l'éthique, plus précisément par l'éthique appliquée. Ce faisant, le jugement juridique ne subordonne pas l'éthique au droit, il laisse plutôt la place à l'éthique pour solutionner une question qu'il ne peut résoudre par le recours à ses catégories traditionnelles. En s'en remettant ainsi à l'éthique, le droit renvoie à une expression de la sincérité pour fonder la revendication de la liberté de religion. Situer la liberté de religion dans ce mouvement récent d'éthicismation du droit permet donc de mieux saisir l'évolution récente de la liberté de religion et du droit lui-même.

63. Marc HUNYADI, « Une morale post-métaphysique. Introduction à la théorie morale de Jürgen Habermas », (1990) 122 *Revue de théologie et de philosophie* 467, 479.

64. G.A. LEGAULT, préc., note 8; L. LALONDE, préc., note 8; Louise LALONDE, « État de droit et modes privés de gestion des différends », dans Daniel MOCKLE (dir.), *Mondialisation et État de droit*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 219.

1.2. La valeur de la liberté de religion

En poursuivant cette réflexion éthique sur le droit, il est possible d'établir une distinction qui tend à accorder à la liberté de religion un sens qui soit à la hauteur de la vertu que l'on veut honorer en lui reconnaissant une protection constitutionnelle, ou quasi-constitutionnelle. L'hypothèse de l'éthicisation du droit permet de comprendre pourquoi la liberté de religion doit être considérée comme une liberté fondamentale, « comme l'un des modes d'exercice d'une liberté plus générale », une « liberté morale »⁶⁵.

La distinction proposée ici, entre la liberté de religion conçue comme liberté de conscience et la liberté de religion comprise comme liberté de choisir, pourrait mener à l'élaboration de deux normes de contrôle judiciaire lors de l'examen de la constitutionnalité, semblables à celles que les tribunaux ont développées en matière de liberté d'expression⁶⁶. Ainsi, lorsque le discours s'éloigne du cœur de la liberté d'expression⁶⁷, c'est-à-dire de la finalité pour laquelle la constitution protège la liberté d'expression, lorsqu'il s'agit par exemple de propagande haineuse⁶⁸, de communication pour des fins de prostitution⁶⁹, de pornographie⁷⁰, *a fortiori* de pornographie juvénile⁷¹, les tribunaux ont alors fait varier l'intensité avec laquelle ils appliquent le test de la limitation du droit en cause. Pour ces discours, il devient, dès lors, plus facile de justifier leur limitation. Évidemment, cela peut soulever des difficultés lorsqu'il s'agit par exemple de la publicité commerciale des produits du tabac, où la réalisation de profits s'avère un objectif moins louable pour certains juges, alors que d'autres n'y voient pas là une justification suffisante pour appliquer une norme moins sévère en invoquant le fait que les propriétaires de journaux visent aussi à réaliser des profits sans que la liberté de presse n'en soit pour autant moins importante⁷².

Plus encore, la Cour suprême a exclu du champ de la liberté d'expression, les expressions violentes, tel un attentat politique, qui, bien qu'exprimant un message, risquent de menacer ou menacent la sécurité et l'intégrité physiques⁷³ : « l'auteur

65. Cécile LABORDE, « La liberté de religion à l'âge séculier », dans Emmanuelle BRIBOSIA et Isabelle RORIVE (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse. Regards croisés – Canada, Europe, Belgique*, Bruxelles, Peter Lang, 2015, p. 29.

66. Mes discussions avec le professeur Louis-Philippe Lampron m'ont permis de préciser cette distinction et d'en voir les implications, je l'en remercie.

67. *Irwin Toy ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

68. *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697.

69. *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123.

70. *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452.

71. *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45.

72. *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199.

73. *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, 588.

d'un meurtre ou d'un viol ne peut invoquer la liberté d'expression pour justifier le mode d'expression qu'il a choisi »⁷⁴. En ce qui concerne la liberté de religion, à l'occasion d'une affaire dans laquelle des parents s'opposaient pour des motifs religieux à ce que leur nouveau-né reçoive une transfusion sanguine⁷⁵, la Cour a jonglé avec la possibilité de reconnaître des limites intrinsèques à la liberté de religion et, à la majorité, a réservé la restriction à la seconde étape du raisonnement, soit à l'étape de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Certains juges avaient exprimé l'avis qu'une décision mettant en danger la vie de l'enfant ne pouvait être protégée par la liberté de religion.

Selon une conception téléologique, la justice peut être liée à une conception du bien lorsque « la justification des principes de justice dépend de la valeur morale ou de la bonté intrinsèque des finalités au service desquelles il sont mis. Dans cette conception, on n'est fondé à reconnaître un droit que si l'on montre que ce droit respecte ou favorise la réalisation d'un important bien humain »⁷⁶. Pour certaines personnes, mener une vie fondée sur les préceptes d'une religion, quelle qu'elle soit, constitue un mode de vie ayant une valeur morale fondamentale.

En matière de liberté de religion, cela exige de préciser en quoi une vie menée religieusement constitue un bien humain important. Il ne suffit pas de montrer à la manière communautarienne que les valeurs de la communauté définissent ce qui vaut comme conception de la vie bonne ou du bien; le caractère moral ne dépend pas du fait qu'une communauté ou une tradition donnée reconnaissent ces valeurs: « le fait que certaines pratiques soient avalisées par les traditions d'une communauté particulière ne suffit pas à les rendre justes »⁷⁷. La raison en est, pour Sandel, que « faire de la justice une affaire de convention, c'est la priver de son caractère critique »⁷⁸, même si l'on reconnaît qu'il peut y avoir plusieurs interprétations rivales de ce que requiert la tradition en question. Il renvoie ainsi dos à dos les libéraux et les communautariens :

Les libéraux, qui pensent que les arguments en faveur des droits doivent rester neutres par rapport au contenu des différentes théories morales et religieuses en présence, tout comme les communautariens, qui pensent que les droits devraient se fonder sur les valeurs sociales dominantes, commettent donc une erreur semblable; les uns et les autres tentent d'éviter d'avoir à se prononcer sur le contenu des finalités que les droits servent à promouvoir. Mais ces deux attitudes n'épuisent pas le champ des possibles. Il existe en effet une troisième possibilité (plus plausible selon moi)

74. Irwin Toy, préc., note 67, 970.

75. *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315.

76. M. SANDEL, préc., note 50, p. 14.

77. *Id.*, p. 13.

78. *Id.*, p. 14.

consistant à dire que la justification des droits repose sur la valeur morale des finalités au service desquelles ils sont mis.⁷⁹

La question que pose la liberté de religion est celle de savoir « pourquoi le libre exercice de la liberté de religion doit-il bénéficier d'une protection constitutionnelle particulière? »⁸⁰ Conçue à l'origine comme mesure de protection de la dissidence, la liberté de religion a traditionnellement été pensée sur la base de la notion d'autonomie propre au libéralisme. Dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, c'est également un tel fondement qui a été accordé à la liberté de religion :

Quels sont donc le contenu et la définition du droit à la liberté de religion garanti à chaque personne par la *Charte québécoise* (ou la *Charte canadienne*)? Notre Cour applique depuis longtemps une définition extensive de la liberté de religion qui repose sur les notions de choix personnel, d'autonomie et de liberté de l'individu.⁸¹

C'est d'abord dans l'arrêt *Big M*, qui sert encore aujourd'hui d'arrêt phare en matière de liberté de religion, que le juge Dickson a donné la première définition libérale de la liberté de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés* :

Une société vraiment libre peut accepter une grande diversité de croyances, de goûts, de visées, de coutumes et de normes de conduite. Une société libre vise à assurer à tous l'égalité quant à la jouissance des libertés fondamentales et j'affirme cela sans m'appuyer sur l'art. 15 de la Charte. La liberté doit sûrement reposer sur le respect de la dignité et des droits inviolables de l'être humain. 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 signifie que [. . .] nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience. [...]

[. . .] La Charte reconnaît à tous les Canadiens le droit de déterminer, s'il y a lieu, la nature de leurs obligations religieuses [. . .]⁸²

Toutefois, la liberté de religion, et plus particulièrement la protection qui lui est accordée, peuvent difficilement être justifiées sur la seule base de la liberté de choix. En effet, à la question de savoir pourquoi la liberté de religion doit bénéficier d'un statut lui reconnaissant une priorité sur les autres conceptions de la vie bonne, il

79. *Id.*, p. 14-15.

80. *Id.*, p. 15.

81. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 52, par. 40.

82. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, 336-337 et 351 [soulignements ajoutés].

semble insuffisant de répondre que la liberté de religion doit être protégée parce qu'elle est « liberté ». Même dans le droit à la liberté de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la Cour suprême du Canada a reconnu que ce ne sont pas toutes les décisions prises, de manière autonome, pour sa vie qui sont protégées; et ce, malgré le fait que, pour certaines personnes, ces choix paraissent tout autant au cœur de leur projet de vie individuel : si mener à terme ou non une grossesse peut l'être⁸³, consommer de la marihuana ou jouer au golf ne constituent pas des modes de vie ayant suffisamment de valeur pour faire l'objet d'une garantie constitutionnelle:

Bien que nous soyons prêts à admettre que fumer de la marihuana constitue pour M. Malmo Levine un aspect central de son mode de vie, la portée de la Constitution ne saurait être élargie pour protéger toute activité qu'une personne choisit de définir comme essentielle à son mode de vie. Il y a des personnes qui choisissent de fumer de la marihuana, alors que certaines sont obsédées par le golf et d'autres s'adonnent compulsivement aux jeux de hasard. L'appelant Caine parle même d'un goût pour les aliments gras. Une société qui étendrait la protection de sa Constitution à de telles préférences personnelles serait ingouvernable. Selon nous, de telles décisions concernant le mode de vie ne sont pas « des choix fondamentaux participant de l'essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles »⁸⁴.

En évaluant ainsi les conceptions de la vie bonne, les juges portent un jugement éthique pour établir les fondements des droits. C'est à un pareil jugement qu'ils doivent se livrer en ce qui concerne la liberté de religion. En mettant sur le même plan les convictions religieuses et les autres projets de vie individuels qu'un sujet autonome peut choisir, il devient difficile de distinguer entre les droits de la conscience et les simples préférences individuelles⁸⁵. Ou encore, il devient difficile de savoir pourquoi on devrait permettre à un juif orthodoxe le droit de porter une kippa et refuser tout autre couvre-chef, à un sikh de porter un kirpan alors que les armes sont interdites, à une personne de s'absenter du travail le vendredi, le samedi ou le dimanche afin de prendre congé pour des raisons religieuses alors qu'il n'est pas possible pour d'autres employés de s'absenter du travail pour pratiquer des acti-

83. *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, 171 (opinion de la juge Wilson).

84. *R. c. MalmoLevine*; *R. c. Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, par. 86.

85. M. SANDEL, préc., note 50, p. 16. Selon Sébastien GRAMMOND (« Conceptions canadienne et québécoise des droits fondamentaux et de la religion : convergence ou conflit? », (2009) 43 *R.J.T.* 83, 100), « la Cour suprême [du Canada] ne voit pas la religion comme une affaire de choix personnel ». Dans l'arrêt *Amselem* (préc., note 52, 576), le juge Iacobucci en donne la définition suivante : « Essentiellement, la religion s'entend de profondes croyances ou convictions volontaires [deeply held personal convictions or beliefs], 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 ».

vités sportives avec leurs enfants, s'occuper d'un parent malade, faire du bénévolat auprès d'enfants handicapés ou encore construire un modèle réduit de la Tour Eiffel. Également, la question devient importante à l'étape de la pondération : « si la religion n'est qu'une préférence personnelle parmi tant d'autres, il s'ensuit que les intérêts qui entrent en concurrence avec la pratique religieuse ne doivent pas se voir attribuer une importance moindre »⁸⁶.

Dépouillé de toute considération quant au contenu, le jugement relatif à l'importance de protéger la liberté de religion risque d'être insuffisamment convaincant :

« Le respect invoqué par le libéral n'est pas à proprement parler un respect pour la religion, mais un respect pour le moi qui adopte des croyances religieuses, ou encore un respect pour la dignité qui consiste à être capable de choisir librement la religion que l'on veut. Dans la conception libérale, les convictions religieuses sont dignes de respect, non pas en vertu de leur contenu, mais en vertu du fait qu'elles sont « le produit d'un choix libre et volontaire » »⁸⁷.

Cette manière de définir la liberté de religion, écrit Sandel, « met le juste avant le bien ; elle tente de garantir le droit à la liberté religieuse sans porter aucun jugement sur le contenu des croyances des individus ni sur la valeur morale de la religion en tant que telle »⁸⁸. En évitant tout jugement quant à la valeur ou à la signification de la liberté de religion, le droit risque de se placer en position d'écart par rapport au monde vécu qui ne fait qu'interroger le sens du religieux au moment de déterminer s'il faut lui accorder la protection demandée. Plutôt que d'en faire un droit à l'autonomie individuelle, qui s'avère insuffisant pour justifier la protection accordée à la liberté de religion, Sandel propose de porter attention au « rôle joué par la religion dans la vie de ceux pour qui l'observation des devoirs religieux représente une finalité constitutive, essentielle à leur bien et indispensable à leur identité »⁸⁹.

La question du port de signes religieux a souvent été abordée, dans le débat public québécois, comme relevant du ressort de la liberté de choisir qu'auraient ou que n'auraient pas les croyants, et plus particulièrement les femmes musulmanes qui portent le voile. Cette absence de liberté qui se cacherait derrière la liberté de religion contribue à rendre la religion difficilement intelligible dans une société

86. S. GRAMMOND, préc., note 85, 99.

87. M. SANDEL, préc., note 50, p. 15. L'auteur cite à l'appui l'affaire *Wallace v. Jaffree*, 472 US 38, 52-53 (1985) : « Les croyances religieuses dignes de respect sont le produit d'un choix libre et volontaire opéré par le croyant ».

88. M. SANDEL, préc., note 50, p. 15.

89. *Id.*, p. 16.

laïque⁹⁰. À cette approche qui insiste sur le mode d'acquisition d'une croyance, Sandel suggère de substituer l'alternative suivante :

Ce qui fait qu'une croyance religieuse est digne de respect n'est pas son mode d'acquisition – choix, révélation, conviction ou habitude –, mais la place qu'elle occupe dans une vie bonne, ou les traits de caractère qu'elle favorise, ou encore (d'un point de vue politique) son aptitude à nous faire cultiver les habitudes et les dispositions qui font les bons citoyens.⁹¹

La thèse qui veut que l'on accorde une protection particulière au libre exercice de la religion présuppose donc que la croyance religieuse, avec les particularités de sa pratique dans une société donnée, produit des manières d'être et d'agir qui sont louables et dignes d'appréciation positive, soit parce qu'elles sont admirables en elles-mêmes, soit parce qu'elles favorisent des traits de caractère qui font les bons citoyens. Si nous n'avons aucune raison de penser que les croyances religieuses contribuent à des modes de vie dignes d'admiration, nous affaiblissons les arguments en faveur du droit à la liberté religieuse.⁹²

Selon Sandel, « la justification morale du droit à la liberté de religion comporte inévitablement un jugement; on ne peut totalement séparer la défense d'un droit d'un jugement de fond sur la valeur morale de la pratique qu'il protège »⁹³. En d'autres termes, c'est en jugeant que la pratique religieuse vaut d'être honorée, qu'elle est une vertu à honorer, que la protection du droit est justifiée⁹⁴.

La distinction qui est établie ici, à partir de considérations éthiques plutôt que juridiques, repose sur l'idée que la liberté de religion ne saurait être suffisamment justifiée sur la seule base de la traditionnelle liberté de choisir invoquée par la théorie libérale : afin d'en saisir toute la dimension, la liberté de religion doit être considérée comme liberté de conscience, plutôt qu'uniquement comme liberté de choisir:

But freedom of conscience and freedom of choice are not the same; where conscience dictates, choice decides. Where freedom of conscience is at stake, the relevant right is to exercise a duty, not make a choice. This was the issue for Madison and Jefferson. Religious liberty addressed the problem of encumbered selves, claimed by duties they cannot renounce, even in the face of civil obligations that may conflict.⁹⁵

90. Sur cette question de l'intelligibilité de la religion dans l'espace laïque, voir Valérie AMIRAUX, « Le port de la «burqa» en Europe : Comment la religion des uns est devenue l'affaire publique des autres », dans David KOUSSENS et Olivier ROY (dir.), *Quand la burqa passe à l'ouest. Enjeux éthiques, politiques et juridiques*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2013, p. 15, aux pages 17 et suiv.

91. M. SANDEL, préc., note 50, p. 16.

92. *Id.*, p. 17.

93. *Id.*, p. 18.

94. Michael SANDEL, *Justice. What's the right thing to do?*, New York, FSG, 2010.

95. Michael SANDEL, « Religious Liberty – Freedom of Conscience or Freedom of Choice? », (1989)

C'est d'ailleurs ainsi que le juge Dickson a énoncé l'objet de la liberté de religion dans l'arrêt *Big M* :

Vu sous cet angle, l'objet de la liberté de conscience et de religion devient évident. Les valeurs qui sous-tendent nos traditions politiques et philosophiques exigent que chacun soit libre d'avoir et de manifester les croyances et les opinions que lui dicte sa conscience, à la condition notamment que ces manifestations ne lèsent pas ses semblables ou leur propre droit d'avoir et de manifester leurs croyances et opinions personnelles.⁹⁶

Dans la définition de la liberté de religion que donne Brian Leiter, il y a cette idée de devoir qui s'impose catégoriquement à la conscience : « il existe, pour toute religion, certaines croyances essentielles à cette religion qui ... prescrivent catégoriquement certaines actions – c'est-à-dire, énoncent des prescriptions qui doivent être suivies, peu importe ce qu'un individu désirait auparavant et peu importe les incitations (positives ou négatives) que le monde présente »⁹⁷. Les philosophes Charles Taylor, Jocelyn Maclure et François Boucher ont aussi suggéré que « la liberté de religion est une sous-catégorie de la liberté de conscience » :

Selon cette conception, les convictions religieuses peuvent légitimement donner lieu à des accommodements parce qu'elles sont des convictions de conscience, c'est-à-dire des croyances qui contribuent à donner un sens et une orientation moraux à la vie des personnes. Elles sont les convictions fondamentales qui permettent aux agents de structurer leur identité morale, d'exercer leur jugement et de s'orienter dans un univers moral complexe et pluriel.⁹⁸

Selon cette perspective, les convictions fondamentales, y compris les croyances religieuses, doivent être distinguées des autres croyances et préférences personnelles à cause du rôle qu'elles jouent dans l'identité morale des individus. Plus une croyance est liée au sentiment d'intégrité morale d'un individu, ou plus elle est une condition du respect qu'il a pour lui-même, plus la protection juridique dont elle doit bénéficier doit être forte. Les convictions fondamentales permettent de structurer son identité morale et d'exercer sa faculté de juger dans un monde où les valeurs et les plans de vie potentiels sont multiples et entrent souvent en concurrence.⁹⁹

Utah Law Review 597, 611.

96. *R. c. Big M Drug Mart Ltd*, préc., note 82, 346.

97. Brian LEITER, *Pourquoi tolérer la religion? Une investigation philosophique et juridique*, Genève, Éditions Markus Haller, 2014, p. 67.

98. Jocelyn MACLURE et François BOUCHER, « Enjeux et perspectives de l'obligation d'accommodement raisonnable dans les sociétés pluralistes », dans E. BRIBOSIA et I. RORIVE (dir.), préc., note 65, p. 343, à la page 361.

99. Jocelyn MACLURE et Charles TAYLOR, *Laïcité et liberté de conscience*, Montréal, Boréal, 2010, p. 97.

Il devient ainsi possible de distinguer les convictions de conscience des simples préférences, et d'élargir en conséquence la protection accordée à la conscience :

Notre position consiste donc à accorder un statut légal spécial aux convictions religieuses *en tant que* convictions de conscience. Ce sont les convictions de conscience qui doivent bénéficier d'une protection spéciale, par rapport aux simples préférences, et non par les convictions religieuses par rapport aux convictions non religieuses.¹⁰⁰

Ainsi, la conscience dicte, alors que la liberté de choix permet de décider. La liberté de religion jouit d'une considération plus forte lorsqu'elle est conçue comme une modalité d'une liberté plus large, qui est la liberté de conscience : le croyant a la conviction sincère que ce qui relève de sa religion lui est dicté par sa conscience, qu'il n'a d'autre choix que d'obéir à une norme religieuse. Il peut toutefois se produire qu'il ait parfois le sentiment, pour certaines pratiques religieuses, qu'il peut ou non s'y soumettre, alors la liberté de religion prend davantage la forme d'une liberté de choix.

Les croyances qui doivent jouir d'une protection légale et morale plus importante, sont celles qui constituent des engagements fondamentaux¹⁰¹, qui permettent d'exercer son jugement lorsque confronté à des choix difficiles, de donner une direction à sa vie, de s'orienter, de prendre les grandes décisions à différentes étapes de la vie, ce qui au fond relève de la liberté de conscience et de religion. Ces croyances, qui peuvent faire partie d'une doctrine compréhensive, peuvent être religieuses, mais aussi non religieuses. Elles doivent bénéficier d'une protection constitutionnelle, ou quasi-constitutionnelle, forte.

La lecture de certains arrêts de la Cour suprême laisse ainsi entendre que certaines pratiques religieuses relèvent moins de la conscience que du choix qu'opère le croyant entre l'observance ou non de telle ou telle pratique. C'est ainsi, par exemple, que monsieur Bruker¹⁰² s'était engagé par contrat à accorder le get, c'est donc le croyant lui-même qui fait preuve d'une certaine réserve à l'égard du caractère obligatoire de la pratique religieuse en cause. Dans certains arrêts, ce sont les éléments de preuve ou d'expertise qui semblent indiquer que le respect d'un précepte religieux laisserait un choix aux croyants. Il en est ainsi, par exemple, pour le fait d'ériger une souccah personnelle pendant la fête de Souccoth¹⁰³ ou pour le port du kirpan par un enfant de 12 ans¹⁰⁴. Dans le premier cas, une souccah commune serait une alternative, du moins pour certains croyants juifs, alors que le remplacement du kirpan par un objet symbolique, comme un pendentif ou un objet en bois, serait une option envisageable pour certains croyants sikhs.

100. J. MACLURE et F. BOUCHER, préc., note 98, p. 361, note 39.

101. J. MACLURE et C. TAYLOR, préc., note 99.

102. *Bruker c. Marcovitz*, [2007] 3 R.C.S. 607, 2007 CSC 54.

103. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 52.

104. *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256, 2006 CSC 6.

Ce n'est pas dire que la liberté de religion, lorsqu'elle emprunte la forme d'une liberté de choix, ne mérite pas aussi une reconnaissance et une protection, par exemple sous la forme d'un accommodement raisonnable. Cependant, « les croyances et préférences qui ne contribuent pas à donner un sens et une direction à ma vie et dont je ne peux vraisemblablement pas prétendre que leur respect constitue une condition de l'estime que j'ai pour moi-même ne peuvent générer une obligation d'accommodement. »

C'est pourquoi la décision d'une jeune musulmane de porter le voile à l'école ne peut être mise sur le même pied que le choix de son camarade de porter une casquette. Dans le premier cas, la jeune fille se sent soumise à une obligation – y déroger serait aller à l'encontre d'une pratique qui contribue à la définir, elle se trahirait elle-même, son sentiment d'intégrité serait atteint –, ce qui n'est pas le cas, en temps normal, pour le jeune étudiant.¹⁰⁵

En ce sens, « subsumer la liberté de religion dans la catégorie de la liberté de conscience n'implique pas qu'il faille refuser les demandes d'accommodement qui n'emploient pas le langage des devoirs religieux à strictement parler. Par exemple, les demandes concernant le port de vêtements religieux peuvent très bien être légitimes tout en évitant d'employer le vocabulaire moral des devoirs et des obligations et en étant plutôt motivées par l'idée qu'être un bon croyant ou que la piété implique le port de ces vêtements sur une base quotidienne. [...] De plus, même si l'on conçoit que les convictions qui fondent certaines pratiques religieuses ressemblent plus à des engagements culturels qu'aux devoirs catégoriques qui sous-tendent normalement les objections de conscience, il n'en reste pas moins que de tels engagements culturels peuvent être intimement liés à l'identité morale des individus au point où l'incapacité de vivre en conformité avec ces engagements menace la dignité ou l'intégrité de ces individus »¹⁰⁶.

Bien que la liberté de choisir pourrait laisser croire que la distinction établie ici se fonde sur le mode d'acquisition de la conviction religieuse, il s'agit plutôt d'une distinction fondée sur la *force normative*¹⁰⁷ que le croyant accorde à la norme religieuse lui prescrivant, selon sa conscience, de respecter une pratique. Ainsi, il peut avoir le sentiment qu'il peut faire ou ne pas faire telle chose sans que cela l'amène à nier une obligation, une exigence ou un précepte religieux; en d'autres matières, sa conscience lui dicte de faire ou de ne pas faire telle chose, qu'il n'aurait, en d'autres termes, pas le choix de s'y soumettre. La force normative peut ainsi varier, ce qui pourrait justifier d'accorder à la pratique religieuse en question une protection différente selon qu'il s'agit d'une obligation de conscience ou d'une liberté de choix. Le contrôle judiciaire pourrait se faire plus ou moins rigoureux selon qu'il s'agit d'un cas de conscience ou d'un libre choix.

105. J. MACLURE et C. TAYLOR, préc., note 99, p. 97-98.

106. J. MACLURE et F. BOUCHER, préc., note 98, à la page 363.

107. Catherine THIBIERGE *et al.*, *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, L.G.D.J., 2009.

Que d'autres croyants modifient les pratiques ou que des experts et des autorités religieuses offrent des alternatives ne signifie cependant pas que, pour le croyant dont les convictions sont en cause dans l'affaire, celles-ci ne sont pas de l'ordre d'un impératif dicté par sa conscience. Le critère doit demeurer d'abord subjectif. Le témoignage devrait permettre d'établir si le croyant considère que sa liberté de religion lui dicte une obligation relevant de la conscience ou s'il s'agit d'un droit s'apparentant davantage à une liberté de choix. Cela signifie que l'interrogatoire et le contre-interrogatoire doivent établir de quel ordre est la croyance religieuse, et ce, selon ce que la Cour suprême a semblé autoriser dans *Amselem* lorsqu'elle a limité la force avec laquelle la sincérité de la croyance pouvait être vérifiée. Il ne doit pas s'agir de mener une inquisition :

De fait, dans l'appréciation de la sincérité, le tribunal doit uniquement 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 artifice. Autrement, il ne faudrait rien de moins qu'une inquisition religieuse pour parvenir à découvrir les convictions les plus intimes des êtres humains.¹⁰⁸

Sur cette base, il pourrait être possible également d'établir que certaines pratiques religieuses s'éloignent du cœur de la liberté de religion conçue comme liberté de conscience. Cela pourrait permettre d'accorder une protection moindre à certaines pratiques religieuses. Mais, de manière générale, la distinction entre la liberté de conscience et la liberté de choix devrait plutôt servir à reconnaître à la liberté de religion un statut qui l'élève au rang de la liberté de conscience afin de la protéger adéquatement et de montrer qu'une conception religieuse de la vie constitue une conception du bien importante pour des croyants. En cela, les pratiques religieuses méritent une protection dont d'autres modes de vie ne peuvent bénéficier.

Ce n'est qu'en adoptant une approche fondée sur l'éthique philosophique, conformément à l'hypothèse de l'éthicismation du droit, qu'il est possible d'ainsi comprendre le sens de la liberté de religion dans la vie des croyants qui pratiquent une religion, et de proposer une distinction sur la valeur de la liberté de religion ainsi pratiquée.

2. La laïcité et l'obligation de neutralité de l'État en matière religieuse

La neutralité de l'État, surtout lorsqu'on la qualifie d'ouverte¹⁰⁹ ou de républicaine, renvoie directement à la philosophie politique et à l'éthique. Là aussi, sur les notions de laïcité et de neutralité, il y a éthicismation du droit. Pour définir les notions

108. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 52, par. 52.

109. GROUPE DE TRAVAIL SUR LA PLACE DE LA RELIGION À L'ÉCOLE, *Laïcité et religions. Perspectives nouvelles pour l'école québécoise*, Rapport Proulx, Québec, 1999; Rapport Bouchard-Taylor, préc., note 4.

de laïcité et de neutralité, les juristes s'en remettent largement à des considérations philosophiques. La réflexion sur la liberté de religion s'inscrit nécessairement dans le contexte pluraliste qui caractérise la société démocratique contemporaine. Ce « fait d'une pluralité de doctrines raisonnables, mais incompatibles »¹¹⁰ rend plus complexe l'appréciation de la limitation raisonnable et justifiable de la liberté de religion. Par exemple, le débat sur le port du foulard par les femmes musulmanes, vers lequel s'est transposé bien souvent le débat sur les différents projets de charte sur la laïcité, oppose des perspectives féministes où les unes prétendent que le foulard est le symbole de l'assujettissement des femmes aux hommes, alors que les autres soutiennent que c'est plutôt la volonté d'imposer l'interdiction de le porter qui limiterait l'autonomie de la femme et son droit de choisir.

Selon Rawls, le libéralisme politique considère que « les conflits les plus insolubles sont ceux qui portent sur les questions les plus élevées comme la religion, les visions philosophiques du monde et les différentes conceptions du bien »¹¹¹. Il existe sur ce point, entre Rawls et Habermas, une différence importante : le premier pense que les conceptions du bien doivent demeurer à l'écart de la délibération publique, qui ne peut mener qu'à un consensus par recoupement entre les visions du monde opposées, alors que le second prétend qu'il n'est pas possible de les exclure *a priori*, qu'elles doivent être soumises à la délibération sans quoi il n'est pas même possible de les qualifier de conceptions métaphysiques¹¹².

À l'encontre de cette idée selon laquelle les désaccords entre les différentes positions juridiques trouveraient leur origine dans le pluralisme moral qui les sous-tend¹¹³, il est possible de soutenir, suivant en cela l'hypothèse développée par Hervé Pourtois, que la plupart des conflits moraux ont pour origine, non pas le fait du pluralisme des doctrines ou des valeurs, mais plutôt des désaccords sur la signification socialement reconnue à des pratiques :

À cette interprétation, disons rawlsienne, de l'origine de nos désaccords moraux, je voudrais opposer l'hypothèse que la majeure partie des conflits moraux auxquels nous sommes confrontés ont pour origine des désaccords sur la signification socialement reconnue à des pratiques, sur les normes sociales de reconnaissance de ces pratiques, et non pas l'hétérogénéité des

110. John RAWLS, *Libéralisme politique*, Paris, PUF, 1995, p. 4.

111. *Id.*, p. 28.

112. Jürgen HABERMAS et John RAWLS, *Débat sur la justice politique*, Paris, Cerf, 1997.

113. Selon Rawls, « le pluralisme moral désignerait la coexistence dans un même espace politique de doctrines morales différentes incorporant des valeurs fondamentales distinctes, les articulant de manières spécifiques et fondant des conceptions différentes de la vie bonne » : Hervé POURTOIS, « Délibération, participation et sens du désaccord », (2005) 7 *Éthique publique* 145, 147. Voir aussi Daniel WEINSTOCK, « Moral Pluralism », dans Edward CRAIG (dir.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, vol. 6, 1998, p. 529 et Daniel WEINSTOCK, « Démocratie et délibération », (2000) 63 *Archives de philosophie* 405.

doctrines et des valeurs morales auxquelles seraient censés adhérer les individus et les groupes.¹¹⁴

Selon cette thèse, « la majeure partie des conflits moraux auxquels nous sommes confrontés dans le champ politique n'ont pas pour origine des divergences de principes ou de doctrines entre groupes »¹¹⁵. Les sources de désaccord ne se situeraient pas au niveau des principes invoqués : « Si l'on se penche sur les controverses qui surgissent de nos jours dans le débat public, on doit reconnaître que les sources majeures de différends se situent à d'autres niveaux : tantôt sur le plan des considérations empiriques et tantôt sur le plan de la reconnaissance des significations sociales des pratiques. »¹¹⁶ La controverse sur le port du foulard illustre effectivement un conflit qui porte moins sur les principes moraux que sur la signification sociale que l'on peut donner à ce foulard porté par les femmes et sur les normes sociales de reconnaissance de cette pratique. Comment est-il possible d'adopter une norme alors que des citoyens qui épousent des conceptions différentes, voire irréconciliables, d'une vie bonne ou du bien, et qui ne s'entendent pas sur la signification d'une pratique, doivent coopérer et vivre ensemble dans une société?

Qu'en est-il, dans ce contexte, de la signification des notions de laïcité et de neutralité de l'État? C'est à cet examen qu'il convient maintenant de se consacrer, en insistant d'abord sur la conception de la laïcité (2.1.), puis sur la conception de la neutralité (2.2.).

2.1. Une conception politique de la laïcité

Afin de définir la laïcité, les juristes s'en remettent aux travaux des philosophes qui se sont intéressés à cette difficile question de la gestion étatique et juridique de la religion. Le récent débat sur la laïcité doit donc être compris comme une nouvelle forme d'éthicisation du droit et il convient, par conséquent, de faire appel à l'éthique pour tenter d'éclairer la signification juridique de la laïcité.

Le pari qui a été tenté par les choix politiques sous-tendant le projet de *Charte affirmant les valeurs de laïcité et de neutralité religieuse de l'État ainsi que d'égalité entre les femmes et les hommes et encadrant les demandes d'accommodement*, consistait à définir la laïcité en lui assignant de nombreuses tâches. Il était proposé que la laïcité puisse permettre de préciser les rapports entre les pouvoirs politiques et religieux, par la séparation du pouvoir temporel et spirituel, de régir la place de la religion dans l'espace public, par la limitation de la liberté de religion, d'encadrer l'espace

114. Hervé POURTOIS, *Du désaccord moral à la délibération publique. Rapport de la théorie de la reconnaissance*, 2004, p. 6, en ligne : <<http://www.lecre.umontreal.ca/wp-content/uploads/2004/11/pourtois.pdf>>. Ce texte constitue une version préliminaire de l'article citée à la note 113. Cité avec l'autorisation de l'auteur.

115. H. POURTOIS, préc., note 113, 149.

116. *Id.* Voir S. BERNATCHEZ, préc., note 60.

politique, etc. Or, il convient de préciser que si la laïcité a servi, historiquement, à penser la diversité religieuse, elle doit maintenant s'intéresser plus largement à la diversité morale. En effet, alors que l'État laïque est généralement défini par rapport aux religions, c'est aujourd'hui dans son rapport aux différentes doctrines compréhensives, c'est-à-dire par rapport aux différentes éthiques, qu'il doit être réfléchi.

En matière de croyance ou de non-croyance, un État neutre ne devrait pas prendre position dans ce débat sur les grandes conceptions du monde, là où il n'y a point de critère absolu permettant de dire quelle conception du bien est supérieure, vraie ou valide. À cet égard, la biologie peut enseigner la théorie de l'évolution de Darwin dans la mesure où elle s'appuie sur des éléments scientifiques prouvés.

Les conceptions de la laïcité qui font de la laïcité une position critique par rapport aux conceptions religieuses sont problématiques. Selon une certaine conception perfectionniste de la laïcité, l'État laïque devrait chercher à émanciper les individus de leurs conceptions religieuses. Lorsque l'État cherche à perfectionner les individus et la religion elle-même en y intégrant des valeurs égalitaires par exemple, il tente de faire des individus de meilleures personnes et des religions, de meilleures conceptions de la vie.

De la même manière que Rawls cherche à défendre une conception politique et non métaphysique du libéralisme¹¹⁷, il ne doit pas s'agir de penser la laïcité afin qu'elle devienne une conception métaphysique qui dicte une éthique particulière ou une conception de ce qu'est une vie réussie, une vie bonne. Le principe de laïcité est un concept politique, et non métaphysique, qui cherche à demeurer neutre par rapport aux grandes conceptions du bien.

Comment devrait-on, dès lors, penser nos institutions publiques afin que les citoyens qui adhèrent à des systèmes de croyances différents puissent coexister de façon pacifique et être traités de façon équitable par le pouvoir politique? La laïcité doit donc être définie comme un concept politique. Ces considérations s'appuient sur ce que proposent les professeurs Jocelyn Maclure et Charles Taylor dans leur ouvrage *Laïcité et liberté de conscience*¹¹⁸. Ils suggèrent que la laïcité est composée de 4 sous-principes, les deux derniers principes relevant davantage du design institutionnel, des moyens pour réaliser les deux grands principes de la laïcité :

2 principes, finalités morales, les buts moraux de la laïcité :

- protéger la liberté de conscience et de religion de tous les citoyens;
- l'État accorde un respect à tous les citoyens, peu importe leurs convictions profondes, qu'elles soient religieuses ou séculières.

117. John RAWLS, « Justice as Fairness : Political not Metaphysical », (1985) 14 *Philosophy and Public Affairs* 223.

118. J. MACLURE et C. TAYLOR, préc., note 99.

2 principes que l'on associe généralement à la laïcité, sont des modes opératoires :

- la séparation entre l'Église et l'État;
- la neutralité de l'État.

Selon la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, la proposition gouvernementale de *Charte des valeurs* considérait la neutralité de l'État et le principe de séparation entre l'Église et l'État comme des fins et non comme des moyens mis en place pour assurer la protection des droits et libertés de la personne¹¹⁹ : « Ce faisant, au nom de la laïcité, on porte atteinte aux droits et libertés qu'elle est censée protéger »¹²⁰. La même observation peut être faite à l'égard du projet de loi *Charte affirmant les valeurs de laïcité, de neutralité religieuse de l'État et d'égalité entre les femmes et les hommes et encadrant les demandes d'accommodement*, qui cherchait, à travers le principe de laïcité, à dicter une éthique comme conception de la vie bonne. Même s'il peut paraître souhaitable que les religions soient plus respectueuses de l'égalité, et notamment de l'égalité entre les femmes et les hommes, la tentation de faire entrer législativement une norme d'égalité dans une religion témoigne d'une attitude perfectionniste qui est incompatible avec l'exigence de neutralité de l'État à l'égard des conceptions métaphysiques de la vie bonne.

Selon Maclure et Taylor, la neutralité religieuse de l'État est un moyen de mettre en œuvre la laïcité de l'État. La conception politique, par opposition à métaphysique, de la laïcité permet de plus d'éclairer le débat sur la compatibilité ou l'incompatibilité entre l'accommodement raisonnable et la neutralité de l'État¹²¹ : « La reconnaissance de l'obligation d'accommodement raisonnable peut être mise en parallèle avec la laïcisation des institutions publiques. Certains verront un paradoxe dans l'idée que des institutions qui doivent légalement s'adapter aux exigences religieuses de leur personnel et de leur clientèle devraient par ailleurs s'abstenir d'observer elles-mêmes certains rituels religieux »¹²². Dans l'arrêt *Lafontaine*¹²³, le juge LeBel a soulevé, en

119. COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Parce que nos valeurs, on y croit. Orientations gouvernementales en matière d'encadrement des demandes d'accommodement religieux, d'affirmation des valeurs de la société québécoise ainsi que du caractère laïque des institutions de l'État*, Commentaires sur le document gouvernemental, Octobre 2013, p. 7-8.

120. *Id.*, p. 8.

121. 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 »*. *Le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 213, à la page 254; Daniel PROULX, « L'accommodement raisonnable entre neutralité religieuse de l'État et parti-pris multiculturel », dans Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke, *La neutralité et le droit*, Éditions RDUS, 2013, p. 85.

122. Pierre BOSSET, *Pratiques et symboles religieux : quelles sont les responsabilités des institutions?*, Commission des droits de la personne, Montréal, octobre 2000, p. 26.

123. *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (village)*, [2004] 2 R.C.S. 650.

ces termes, la question du conflit susceptible d'exister entre l'obligation d'accommodement et l'obligation de neutralité religieuse :

La municipalité, tenue de faire preuve de neutralité religieuse, doit veiller à aménager sa réglementation afin d'éviter d'imposer des obstacles inutiles à l'exercice des libertés religieuses. Elle n'a cependant pas à fournir une assistance quelconque aux différents groupes religieux ni à les aider activement à régler toutes les difficultés qu'ils peuvent éprouver dans leurs négociations avec des tiers pour implanter un lieu de culte. Ainsi, en l'espèce, la municipalité n'avait pas à assurer aux appelants l'accès à un terrain qui correspondait davantage à leurs critères de sélection. Une telle aide serait incompatible avec son obligation de neutralité, car elle signifierait que la municipalité manipulerait ses normes réglementaires en faveur d'une religion particulière. Un tel appui donné à un groupe religieux pourrait donc porter atteinte à la neutralité nécessaire à l'égard de tous.¹²⁴

Le professeur Luc B. Tremblay explique l'incompatibilité¹²⁵ entre la doctrine juridique des accommodements raisonnables et le principe libéral de neutralité ainsi : « Dans la tradition libérale et démocratique, il est généralement admis que l'État ne doit pas justifier ses lois ou ses politiques sur la base de considérations qui présupposent la vérité ou la supériorité d'une conception éthique ou religieuse particulière de la vie bonne. Nul n'a droit à un traitement juridique « spécial » ou « préférentiel » pour le seul motif que sa conception particulière du bien ou que son mode de vie serait, aux yeux du gouvernement, supérieur, plus important ou plus noble que celles ou ceux des autres individus »¹²⁶.

En vertu de cette doctrine [des accommodements raisonnables], les individus dont la conception du bien est religieuse bénéficient d'avantages ou de privilèges par rapport à ceux dont la conception du bien de l'est pas, en raison de leur conception de la vie bonne. Par exemple, une personne dont la conception religieuse du bien requiert l'observance du samedi bénéficie d'un droit à un accommodement raisonnable, alors qu'une personne dont la conception de la vie bonne exigerait qu'il consacre ses samedis à l'éducation de ses enfants ou à la danse n'a pas le même droit. [...] Un jeune Sikh peut exiger le droit de porter un kirpan à l'école à certaines conditions, un autre jeune n'a pas le droit de porter un couteau aux mêmes conditions.¹²⁷

De plus, explique Tremblay, comme l'obligation d'accommoder ne cesse que lorsque les contraintes sont excessives, c'est-à-dire lorsqu'elles imposent un coût substantiel, au-delà d'un coût « *de minimis* », cela peut signifier que d'autres em-

124. *Id.*, par. 71.

125. L.B. TREMBLAY, préc., note 121, à la page 254 : « La doctrine juridique des accommodements raisonnables pour motifs religieux est incompatible avec ce principe ».

126. *Id.*, à la page 253.

127. *Id.*, à la page 254.

ployés pourraient devoir travailler certains samedis de plus qu'ils ne le feraient autrement¹²⁸. À l'encontre de la position de conflit entre l'obligation de neutralité de l'État et l'obligation d'accommodement raisonnable en matière religieuse, il est possible, sur la base de l'éthique, de préciser la nature de l'obligation d'accommodement afin d'éviter le conflit apparent et d'ajouter un argument en faveur de la thèse selon laquelle l'obligation ne doit conceptuellement être accolée qu'au droit à l'égalité – et non directement rattachée à la liberté de religion¹²⁹.

Pour cela, il importe de retourner aux sources de cette obligation juridique qui naît de l'atteinte à un droit¹³⁰. En effet, s'il existe une obligation d'accommodement, c'est précisément en raison d'une discrimination; ce n'est donc pas en attribuant un fondement religieux à la norme prévoyant l'accommodement, mais en reconnaissant une atteinte au droit à l'égalité et à la protection contre la discrimination sur la base d'un argument de justice politique ou de justice sociale¹³¹. Lorsque l'État a l'obligation d'accommoder, ce n'est pas sur la base de considérations religieuses qu'il agit, mais en se fondant sur le droit à l'égalité et la justice. Le fondement est donc politique, et non métaphysique ou religieux. Fonder directement l'accommodement sur la liberté de religion, ce que la Cour suprême avait d'ailleurs initialement exclu dans l'arrêt *Edward Books*¹³², accentue le risque de lui attribuer un fondement religieux et de miner ainsi le principe de neutralité. Il n'y a pas d'atteinte à ce dernier lorsqu'il s'agit, en vertu des exigences des chartes, d'accorder une protection contre la discrimination. Il ne s'agit pas de valoriser la religion, de la favoriser, mais d'assurer le respect de la justice politique ou sociale.

Ainsi, l'hypothèse de l'éthicisation du droit permet de comprendre les développements récents du droit en matière de religion. Au surplus, s'agissant du droit à l'égalité et à la protection contre la discrimination fondée sur la religion, et de l'obligation corollaire d'accommodement raisonnable sans contrainte excessive, la Cour suprême du Canada a défini cette obligation comme étant un processus contextuel, dialogique, de concertation, de rapprochement, d'entente, basé sur les besoins. Dans l'arrêt *Multani*, les juges Deschamps et Abella écrivent à ce sujet :

128. *Id.*, aux pages 254-255.

129. Sur ce dernier débat, voir : José WOEHLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », (1998) 43 *R.D. McGill* 325, 357 et suiv.; Christian BRUNELLE, « La sécurité et l'égalité en conflit », *La Charte des droits et libertés de la personne : Pour qui et jusqu'où?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 343 aux pages 357-359; Michèle RIVET, « L'accommodement raisonnable ou le nécessaire retour aux sources : le droit à l'égalité », dans M. JÉZÉQUEL (dir.), préc., note 48, p. 371.

130. M. RIVET, préc., note 129.

131. Jocelyn MACLURE, « Une défense du multiculturalisme comme principe de morale politique », dans Myriam JÉZÉQUEL (dir.), *La justice à l'épreuve de la diversité culturelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 63. Voir aussi J. MACLURE et C. TAYLOR, préc., note 99, p. 87.

132. *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.

Le processus imposé par l'obligation d'accommodement raisonnable tient compte des circonstances précises dans lesquelles les intéressés doivent évoluer et laisse place à la discussion entre ces derniers. Cette concertation leur permet de se rapprocher et de trouver un terrain d'entente adapté à leurs propres besoins.¹³³

Une telle conception de l'accommodement raisonnable relève d'une approche pragmatiste de l'éthique :

Dans la perspective pragmatiste, l'éthique appliquée procède par approche situationniste et contextualisée, et établit un rapport à la vérité qui passe par le sujet et ses besoins, mais aussi par une nécessaire enquête sur la réalité à laquelle il est confronté. Elle implique par conséquent une construction intersubjective du sens, une compréhension du sens qui s'élabore dans l'interstice social, là où les sujets sociaux développent leur manière de penser, là où l'action s'esquisse. Enfin, une telle éthique est, par définition, réflexive puisqu'elle mobilise constamment la capacité de réfléchir du sujet, dont la justification des choix ne peut plus reposer sur la compréhension d'un seul principe applicable ensuite à toutes les situations, mais sur la compréhension d'un contexte d'action selon la compréhension partagée des sujets.¹³⁴

L'éthicisation du droit se constate non seulement dans le débat sur la laïcité, mais également dans la tentative de définir juridiquement la neutralité de l'État.

2.2. La neutralité (bienveillante?) de l'État

Tout comme pour le principe de laïcité, l'hypothèse de l'éthicisation du droit permet également d'éclairer la signification du principe de neutralité de l'État. Alors que la laïcité est parfois qualifiée de républicaine, de stricte ou d'ouverte, la notion de neutralité bienveillante a récemment été proposée par la doctrine¹³⁵ et discutée par les tribunaux, notamment par la Cour d'appel du Québec¹³⁶ et la Cour suprême du Canada¹³⁷. Précisons au départ que cette notion de neutralité bienveillante est à l'origine un emprunt non pas à la philosophie ou à l'éthique, mais à la psychanalyse; il s'agit selon Freud de la réserve empathique dont l'analyste doit faire montre. Les notions de neutralité et de bienveillance relèvent également de l'éthique et sont susceptibles, en conséquence, de profiter d'un éclaircissement philosophique.

133. *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, préc., note 104, par. 131.

134. André LACROIX, « La nouvelle contingence humaine », dans André LACROIX (dir.), *Redéployer la raison pratique. Pour une éthique pragmatique*, Montréal, Liber, 2011, p. 115, à la page 129.

135. José WOEHLING, « Quelle place pour la religion dans les institutions publiques? », dans J.-F. GAUDREAU-DESBIENS (dir.), préc., note 121, p. 115; Patrice GARANT, « La neutralité bienveillante », *La Presse*, 29 mai 2013.

136. *Saguenay (Ville de) c. Mouvement laïque québécois*, 2013 QCCA 936.

137. *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16.

José Woehrling distingue la force normative de l'obligation de neutralité en matière religieuse selon qu'elle est fondée sur un principe de neutralité en tant que tel ou, comme dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, sur le principe d'égalité et le droit au libre exercice de la religion sous sa forme négative¹³⁸. Dans ce second cas, pour établir que l'État n'a pas respecté son obligation de neutralité, il faut démontrer qu'il y a atteinte à la liberté de religion ou au droit à l'égalité, donc qu'il y a discrimination. La question devient, dès lors, celle de savoir si toutes les formes d'appui étatique à une religion ont pour effet de porter atteinte à la liberté de religion ou au droit à l'égalité. Le professeur Woehrling pense que certains appuis n'ont pas cet effet. Il cite l'exemple de l'obligation d'accommodement dans les écoles publiques en matière de congés scolaires et de port de signes religieux. Il écrit :

Ici, par conséquent, le principe de neutralité ne s'oppose pas à des manifestations religieuses à l'école, dans la mesure où celles-ci résultent de l'initiative des élèves eux-mêmes et constituent une forme d'exercice de leur liberté religieuse. Autrement dit, la neutralité religieuse s'impose à l'État et aux autorités publiques, mais elle ne s'impose pas aux individus.¹³⁹

Sur cette base, le professeur Woehrling construit cette notion de neutralité bienveillante, qu'il oppose à une neutralité stricte et hostile consistant à s'abstenir de toute forme d'assistance à l'égard de toutes les religions. La neutralité bienveillante « amène l'État à favoriser l'exercice des diverses religions sur un pied d'égalité. La neutralité, dans son sens le plus fondamental, subsiste tant que l'État se comporte de la même façon à l'égard de toutes les religions et qu'il n'en privilégie ou ne défavorise aucune par rapport aux autres, de même qu'il ne privilégie ou ne défavorise pas les convictions religieuses par rapport aux positions athée ou agnostique »¹⁴⁰. Woehrling y voit là une obligation de neutralité moins rigoureuse, qui « ne devrait pas empêcher l'État d'aider financièrement les écoles confessionnelles, à condition qu'il le fasse sans privilégier ni défavoriser aucune religion par rapport aux autres. »¹⁴¹ La neutralité prend ici une dimension non seulement individuelle, mais collective. Selon Patrice Garant, « cette neutralité bienveillante permet les prières multiconfessionnelles ou non sectaires au début des assemblées des organismes publics, à deux conditions bien énoncées tant par la jurisprudence canadienne qu'américaine: il ne doit pas y avoir de contrainte ou coercition d'exercées, et cette prière ou les exercices s'y rapportant ne doivent pas consacrer l'officialisation d'un appui à une confession particulière »¹⁴².

138. J. WOEHRLING, préc., note 135, p. 125.

139. *Id.*, p. 126.

140. J. WOEHRLING, préc., note 135, p. 127.

141. *Id.*, p. 127.

142. P. GARANT, préc., note 135.

La neutralité ne doit pas s'apprécier seulement à l'égard des religions et des effets sur les religions les unes par rapport aux autres, mais aussi dans les rapports entre religion et absence de religion. La Cour suprême a reconnu que les protections offertes par les libertés de religion et de conscience « ne se limitent pas aux seules croyances religieuses. Elles protègent aussi la liberté de ne pas croire, celle de manifester son incroyance et celle de refuser de se soumettre à l'observance religieuse. [...] En vertu des protections qu'offrent les chartes, les notions de « croyance » et de « religion » s'entendent tout autant de l'incroyance, de l'athéisme et de l'agnosticisme »¹⁴³. Toute la question du financement accordé aux organismes religieux doit être examinée à la lumière du principe de neutralité élargi à la neutralité entre les différentes conceptions du bien et non seulement à l'égard de la neutralité entre les religions¹⁴⁴.

À l'appui de la notion de neutralité bienveillante qu'il développe, le professeur Woehrling cite l'arrêt *Chamberlain*¹⁴⁵ – dont je reprends ici le sens qu'il lui donne afin de présenter cette notion sous son meilleur jour – dans lequel la Cour a interprété :

le concept de laïcité comme n'excluant nullement qu'un organisme public comme un Conseil scolaire prenne des décisions fondées en tout ou en partie sur des considérations religieuses, mais comme exigeant qu'aucune conception particulière de la moralité ne doive servir à écarter des points de vue opposés. L'obligation de laïcité mise à la charge du Conseil visait à promouvoir la tolérance et la diversité d'opinions, et non à faire en sorte que la religion disparaisse de l'échiquier. Elle ne limitait aucunement la liberté des membres du Conseil scolaire d'adhérer à une doctrine condamnant l'homosexualité, mais interdisait au Conseil de prendre des décisions reflétant cette doctrine dans la mesure où elles traduisaient le refus de reconnaître la validité d'autres points de vue.¹⁴⁶

Woehrling en tire la conclusion que les normes et les politiques publiques peuvent être adaptées aux exigences d'une religion, tel le port de signes religieux dans des institutions publiques. C'est une interprétation collective de la neutralité bienveillante qu'avait proposée la Cour d'appel du Québec, dans l'affaire *Saguenay c. Mouvement laïque québécois*, alors qu'elle a permis au maire, aux conseillers et à certains fonctionnaires de la ville, de réciter une prière et faire leur signe de croix au

143. *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, préc., note 137, par. 70.

144. Pour un exemple, voir Luc GRENON, « Portrait de la dépense fiscale relative à la bienfaisance : la perspective des personnes vulnérables », (2011) 41 *R.D.U.S.* 381.

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

146. J. WOEHLING, préc., note 135, p. 128.

début des assemblées publiques du conseil municipal¹⁴⁷. La Cour suprême résume comme suit le recours à cette notion de neutralité bienveillante par la Cour d'appel :

Le juge Gagnon se penche par la suite sur la question centrale de la neutralité religieuse de l'État. Il retient la notion de « neutralité bienveillante » pour définir les paramètres de l'obligation de l'État en la matière : afin de respecter cette obligation, l'État ne doit ni favoriser ni défavoriser une croyance ou l'incroyance (par. 76). Il note sur ce point que la notion de neutralité n'oblige pas l'État à faire preuve d'abstentionnisme en matière religieuse. À son avis, l'obligation de neutralité doit tenir compte de l'héritage et des traditions de la société, et se conjuguer avec le devoir de l'État de préserver son histoire (par. 69). La protection de la diversité des croyances doit se concilier avec la réalité culturelle de la société, ce qui inclut son patrimoine religieux (par. 72).¹⁴⁸

Dans son arrêt, la Cour suprême, sous la plume du juge Gascon, montre l'importance de la conception de la neutralité pour la solution de la question en litige :

Dans le présent cas, une question importante du litige concerne les contours de la neutralité religieuse de l'État qui découle de la liberté de conscience et de religion que protège la *Charte québécoise*. Le Tribunal et la Cour d'appel traitent chacun de cette question de droit, mais divergent d'opinion sur la réponse à donner. Là où le Tribunal voit une « obligation de neutralité » de l'État (par. 209-211), la Cour d'appel y préfère une notion plus nuancée de « neutralité bienveillante » (par. 76-79). Bien que je partage l'opinion du Tribunal sur ce point, je considère que, en l'espèce, la Cour d'appel a eu raison d'appliquer la norme de la décision correcte à cette question.¹⁴⁹

Ainsi, la Cour suprême a écarté la notion de neutralité bienveillante retenue par la Cour d'appel du Québec et qui aurait permis, selon l'opinion du juge Gagnon, de prendre en considération la réalité culturelle, la mémoire historique et la sauvegarde de l'héritage culturel. Ce dernier écrivait :

Cette finalité n'exige pas que la société doive être aseptisée de toute réalité confessionnelle, y compris de celle qui relève de son histoire culturelle. D'ailleurs, sur ce plan, il faut reconnaître que certaines des valeurs historiques de la société québécoise demeurent toujours compatibles avec des valeurs actuelles dites neutres et universelles.

L'homogénéité, voire l'exclusivité, que certains soutiennent être le reflet exact du concept de la neutralité religieuse, comportent non seulement des attributs qui s'accommodent mal des valeurs véhiculées par une société ouverte sur la diversité culturelle, mais, plus encore, elles semblent être en rupture avec la règle d'interprétation constitutionnelle selon laquelle les

147. *Saguenay (Ville de) c. Mouvement laïque québécois*, préc., note 136.

148. *Mouvement laïque Québécois c. Saguenay (Ville)*, préc., note 137, par. 20.

149. *Id.*, par. 45.

changements sociaux s'étudient dans le respect des valeurs et de la tradition politique de la société dans laquelle ils surviennent.¹⁵⁰

Selon le juge Gagnon de la Cour d'appel :

Si l'histoire de la société québécoise, y incluant ses références symboliques, ne doit pas faire obstacle à des courants de pensée différents de ceux qui l'animaient à l'origine, on ne peut pour autant ignorer sa réalité patrimoniale sans courir le risque qu'elle se coupe des assises qui ont façonné son évolution. En ce sens, la neutralité absolue de l'État ne me semble pas envisageable d'un point de vue constitutionnel.

Aussi, selon une approche « philosophique » défendue par certains, la prétention selon laquelle l'État devrait faire preuve d'abstentionnisme en matière religieuse me paraît être en contradiction avec son devoir relatif à la préservation de son histoire, ici caractérisée par un héritage multiconfessionnel.

En effet, les manifestations qui autrefois étaient intimement liées à des dogmes religieux identifiés ont été depuis laïcisées. Vu ce nouveau contexte, elles ne peuvent, à mon avis, être supprimées au nom d'une conception draconienne de la neutralité de l'État. À quoi servirait un tel résultat si ces manifestations, en dépit de leur sens initial, ne sont que des témoins passifs de l'histoire? En somme, l'exercice ne comporterait que des inconvénients puisqu'il n'ajouterait rien de plus au concept de la neutralité.¹⁵¹

Il est assez révélateur que le juge Gagnon prenne lui-même la peine par la suite d'annoncer qu'une telle conception de la neutralité ne menace pas la neutralité; le seul fait qu'il se sente obligé de le faire révélant le danger existant :

Il ne s'agit pas ici de contourner l'obligation de neutralité de l'État par le maintien de pratiques qui subtilement permettrait de faire indirectement ce qui est défendu par la *Charte*. Au contraire, il nous faut plutôt affirmer que l'analyse contextuelle impose de tenir compte de la diversité religieuse et des croyances morales de chacun et de concilier cet impératif avec la réalité culturelle de la société, incluant les références à son patrimoine religieux.

Pour le juge Gagnon, les prières faites par le maire, les conseils municipaux et les plus hauts fonctionnaires de la ville de Saguenay, ne sont que « des manifestations historiques de la dimension religieuse de la société québécoise, dans l'espace public, qui, lorsque replacées dans une juste perspective, ne peuvent avoir pour effet de compromettre la neutralité des différents appareils de l'État »¹⁵².

150. *Saguenay (Ville de) c. Mouvement laïque québécois*, préc., note 136, par. 65-66.

151. *Id.*, par. 68-70.

152. *Id.*, par. 104.

Le juge Gascon, en Cour suprême, a clairement rejeté cette conception de la neutralité :

Le parrainage par l'État d'une tradition religieuse, en violation de son devoir de neutralité, constitue de la discrimination à l'endroit de toutes les autres (*S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235, par. 17). Si l'État favorise une religion au détriment des autres, il crée en effet une inégalité destructrice de la liberté de religion dans la société (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 337).¹⁵³

Si l'éthicisation du droit peut permettre de conceptualiser le droit, de le comprendre et de l'analyser, cette approche peut aussi avoir pour effet d'apporter un éclaircissement philosophique nécessaire afin d'éviter de brouiller la signification d'une notion, brouillage qui lui ferait perdre une partie de son sens. C'est d'ailleurs en ayant recours à une conception de la neutralité, dite bienveillante, que la Cour d'appel du Québec en arrive à favoriser la réalité culturelle, la mémoire historique et la sauvegarde de l'héritage culturel au détriment de l'obligation de neutralité de l'État elle-même, qui se trouve, en quelque sorte, dénaturée par l'ajout d'une telle considération de bienveillance. De même, une charte de la laïcité qui ne retiendrait pas une conception bienveillante à l'égard de la majorité catholique contiendrait des dispositions comme celles que l'on retrouvait dans le projet de loi intitulé *Charte de la laïcité de l'État québécois*¹⁵⁴, proposée par la députée Françoise David:

3. Toute récitation d'un texte à caractère religieux est interdite lors de la tenue d'assemblées municipales et lors des travaux de l'Assemblée nationale du Québec.
5. Compte tenu du principe de séparation entre l'État et les religions organisées, aucun symbole religieux ne peut orner la salle de l'Assemblée nationale. Le crucifix qui est suspendu au-dessus du fauteuil du président de l'Assemblée nationale est déplacé ailleurs dans le bâtiment, en un endroit auquel les visiteurs auront accès.

153. *Mouvement laïque Québécois c. Saguenay (Ville)*, préc., note 137, par. 64.

154. *Charte de laïcité de l'État québécois*, préc., note 40.

CONCLUSION

Les transformations récentes du droit en matière de liberté de religion imposent aux juristes de réinterroger leurs conceptualisations juridiques des notions de libertés de religion, de laïcité et de neutralité de l'État. De telles notions requièrent des éclaircissements philosophiques que l'hypothèse de l'éthicisation du droit permet d'apporter là où les catégories juridiques et la science juridique traditionnelles s'avèrent insuffisantes.

Sur la base de cette hypothèse, le présent article a permis d'expliquer le critère de sincérité de la croyance retenu par la Cour suprême du Canada pour établir le fondement d'un droit à la liberté de religion. De plus, le recours à l'éthique a servi à établir que la liberté de religion relève de la liberté de conscience, et pas uniquement de la liberté de choisir. En conséquence, la liberté de religion est une liberté fondamentale, une liberté morale, ce qui justifie de lui reconnaître une protection particulière à l'égard des autres conceptions de la vie bonne.

La réflexion philosophique a également éclairé les notions de laïcité et de neutralité de l'État en matière religieuse. Seule une conception politique, par opposition à métaphysique, de la laïcité permet à l'État de demeurer neutre à l'égard des différentes conceptions du bien, évitant ainsi de chercher à perfectionner les individus et les religions. Alors qu'elle est le plus souvent limitée aux doctrines religieuses, la neutralité de l'État doit être élargie aux différentes doctrines compréhensives. De plus, la conception politique de la laïcité permet de fonder l'obligation d'accommodement en matière religieuse sur la justice politique ou sociale.

C'est également en s'appuyant sur l'égalité que la Cour suprême du Canada a rejeté la notion de neutralité bienveillante qu'avait retenue la Cour d'appel du Québec. Selon la Cour suprême, « le parrainage par l'État d'une tradition religieuse, en violation de son devoir de neutralité, constitue de la discrimination à l'endroit de toutes les autres » ; « Si l'État favorise une religion au détriment des autres, il crée en effet une inégalité destructrice de la liberté de religion dans la société ». ¹⁵⁵ Tant pour la notion de laïcité que pour celle de neutralité, l'analyse fondée sur l'éthique philosophique permet d'écarter certaines conceptions de l'une et l'autre, et de préciser le sens que le droit peut leur conférer.

En somme, l'hypothèse de l'éthicisation du droit s'avère une piste intéressante pour comprendre l'évolution contemporaine du droit en matière religieuse.

155. *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, préc., note 137, par. 64.