

MÉMOIRE CONCERNANT LE PROJET DE LOI N° 62

(1^{ère} session, 41^e législature)

Loi favorisant le respect de la neutralité religieuse de l'État et visant notamment à encadrer les demandes d'accommodements religieux dans certains organismes

Le Projet de loi n° 62 : Une législation inadéquate où la transparence fait défaut

Présenté en consultations particulières et auditions publiques

à la

COMMISSION DES INSTITUTIONS DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE

par

Me François Côté

LL.B., LL.M., M.H., M.Sc

Candidat au doctorat en droit
à l'Université de Sherbrooke et avocat

26 octobre 2016

Introduction	3
1. Observations théoriques : un projet de loi contraire à la réalité québécoise et aux fondements de son droit	9
1.1 Considérations préliminaires	9
1.1.1 La distinction entre le « sécularisme » et la « laïcité »	10
1.1.2 La distinction entre les « croyances » religieuses et les « pratiques » religieuses	12
1.1.3 Le non-essentialisme religieux identitaire et la laïcité de l'État de droit au Québec depuis la Révolution Tranquille	14
1.2 La « neutralité religieuse » envisagée au Projet de loi : quelle neutralité religieuse ?	16
1.2.1 L'absence d'un problème réel et objectif de défavoritisme institutionnel de l'État en fonction des croyances religieuses	16
1.2.2 Le véritable objectif du Projet de loi : libéraliser l'expression des pratiques religieuses au sens large au sein de la sphère d'action de l'État	18
1.3 La négation du droit collectif des citoyens québécois à un État neutre et d'apparence neutre – et l'effritement du statut de l'État en tant que représentant du bien commun et de la collectivité	18
1.3.1 La négation du droit des citoyens du Québec à un État religieusement neutre et d'apparence religieusement neutre	19
1.3.2 L'effritement du statut de l'État en tant que représentant neutre, objectif et universel de tous les citoyens au travers de ses représentants – et l'intimidation passive des justiciables	20
2. Observations appliquées : un projet de loi où la transparence fait défaut	23
2.1 Le « devoir de neutralité religieuse » du personnel des organismes publics (article 4) – des ambiguïtés	23
2.1.1 « Veiller à » – un caractère subjectif ?	23
2.1.2 « Favoriser ni défavoriser » : des mots au service des accommodements raisonnables	24
2.1.3 « En raison de l'appartenance ou non (...) à une religion » : une expression qui englobe aussi les comportements	26
2.2 Les « mesures contractuelles » (article 7) : un article dépourvu de contenu obligatoire	28

2.3 Les « services à visage découvert » (article 9) : dire une chose et permettre son contraire – un article qui dans les faits autorise la prestation et la réception de services à visage dissimulé	29
2.3.1 La légalisation de la dissimulation du visage dans la prestation et la réception de services impliquant l'État au travers de l'accommodement religieux	30
2.3.2 L'incertitude inhérente à la détermination des rarissimes situations où la dissimulation du visage pourrait être interdite	32
2.4 Les accommodements religieux (articles 10 à 12) : La porte toute grande ouverte au contournement de la règle de droit	34
Conclusion	37

INTRODUCTION

L'auteur soumet respectueusement le présent mémoire concernant le Projet de loi n° 62, « *Loi favorisant le respect de la neutralité religieuse de l'État et visant notamment à encadrer les demandes d'accommodements religieux dans certains organismes* » (ci-après le « *Projet de loi* ») à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale pour faire part de ses observations et recommandations à son égard à titre personnel et citoyen. En toute modestie, l'auteur s'exprime également à titre d'avocat et juriste théoricien du droit, soucieux de faire part à la Commission de ses observations juridiques eu égard au Projet de loi n° 62 dans l'espoir de pouvoir contribuer aux réflexions législatives entourant son élaboration.

*

La question de la laïcité et de la place de la religion dans les diverses sphères de la réalité sociojuridique québécoise en est une qui retient une part significative de l'attention médiatique, judiciaire, législative – et plus largement citoyenne – au Québec depuis plus d'une dizaine d'années. Ceci, opinerions-nous, avec raison. Il s'agit indubitablement d'une question de société intimement liée à la réalité et au vécu citoyen au Québec, tant chez les individus que d'un point de vue collectif, qui ne peut tout simplement pas être ignorée. Cette question ne date pas d'hier : autant ce questionnement aura-t-il traversé le Québec au 19^e siècle à l'époque de la Confédération canadienne, autant aura-t-il été un enjeu de société majeur ayant coloré toute la période de la Révolution Tranquille dans la seconde moitié du 20^e siècle, autant est-il, aujourd'hui encore, un enjeu majeur et incontournable dans le Québec de 2016.

Il l'est encore davantage, pourrait-on ajouter, vu la judiciarisation croissante dont il fait aujourd'hui l'objet. En effet, un accroissement constant et constaté des demandes de mise à l'écart des règles de droit (fussent-elles législatives, réglementaires, privées ou administratives) pour satisfaire les exigences d'individus refusant de s'y conformer en invoquant les droits fondamentaux protégés par la *Charte canadienne des droits et libertés*², et la *Charte des droits et libertés de la personne*³ – plus précisément la liberté fondamentale de conscience et de religion⁴ et le droit fondamental à l'égalité de traitement sans discrimination fondée sur la religion⁵ – sont aujourd'hui monnaie courante⁶. Cette faculté de

1 *La Pierre des Sages*, Haute-Goulaine, Éditions Opéra, 2005, p. 247.

2 *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*], 1982, c. 11 (R.-U.) – ci-après « *Charte canadienne* ».

3 *Charte des droits et libertés de la personne*, R.L.R.Q. c. C-12. – ci-après « *Charte québécoise* ».

4 *Charte canadienne*, art. 2 b) ; *Charte québécoise*, art. 3.

5 *Charte canadienne*, art. 15 (1) ; *Charte québécoise*, art. 10.

6 Voir notamment à cet effet (même si nous exprimons notre désaccord avec les conclusions et plusieurs éléments intérieurs de ce rapport) Gérard BOUCHARD et Charles TAYLOR, *Fonder l'avenir: Le temps de la conciliation*, Rapport de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodements reliées aux différences culturelles, Québec, 2008

pouvoir invoquer un droit fondamental (en l'occurrence, la religion) pour exiger un ajustement, voire une suspension, de l'application d'une norme générale provient de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada et des courants judiciaires qui en découlent⁷, et a donné naissance à ce que nous désignons aujourd'hui comme « accommodement raisonnable ».

Cette obligation d'accommodement raisonnable, d'origine judiciaire de common law anglo-canadienne⁸, est à l'effet que, pour éviter de compromettre les droits fondamentaux d'un individu, une personne en situation d'autorité normative (le plus généralement dans les milieux du travail, de la santé ou de l'éducation) doit suspendre l'application d'une norme générale à l'endroit d'une personne donnée si cette norme a pour effet d'en compromettre les droits fondamentaux. Cette obligation d'accommodement connaît toutefois une limite dans la jurisprudence : celle de la « contrainte excessive ». Ainsi, le détenteur de l'autorité disposera d'une exception à l'accommodement raisonnable si le fait d'accorder un tel accommodement implique la prise de mesures à ce point impraticables ou coûteuses qu'elle mettraient en péril le bon fonctionnement même de la sphère d'activité où les parties évoluent, ou que la nature même de cette sphère d'activité ne peut permettre d'un point de vue matériel et physique. Autrement dit, dès faite une demande, l'obligation d'accommodement et la mise à l'écart de la norme est la règle – le maintien de la norme au nom de la contrainte excessive étant l'exception.

Cet état de fait suscite de grandes réflexions. Le concept même d'accommodement raisonnable fait lui-même l'objet de nombreuses critiques et discussions quant à sa nature, son interprétation et sa portée, qu'il n'entre pas dans la prétention du présent mémoire d'aborder – à l'exception d'une seule : l'accommodement raisonnable exigé au nom de la religion.

Si tout le Québec s'entend pour affirmer haut et fort la reconnaissance et le respect des droits fondamentaux, y compris la liberté de conscience et de religion, à titre de principe essentiel à la vie en commun au sein d'une société pluriconfessionnelle et soucieuse de la protection des droits et libertés individuels, il existe une controverse significative quant à l'interprétation conceptuelle de ces droits et libertés fondamentaux ainsi que la portée juridique qu'ils doivent recevoir lorsqu'il devient question de religion (tout particulièrement lorsque leur insertion dans des textes supra-législatifs permet de les invoquer pour invalider d'autres règles de droit).

Jusqu'où la religion est-elle une caractéristique personnelle intrinsèque de l'individu qui puisse lui permettre d'exiger une mise à l'écart des règles de droit ? Si c'est une chose de demander un

7 On pensera notamment aux arrêts de principe de la Cour suprême du Canada *R c. Big M. Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295 et *Commission ontarienne des droits de la personne (O'Malley) c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536, premières grande décision en la matière, ainsi qu'aux arrêts *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, [2004] 2 R.C.S. 650, et *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 25.

8 Mentionnons-le, les premières décisions de la Cour suprême ayant permis la création de la notion juridique d'obligation d'accommodement raisonnable sont toutes originaires de provinces anglo-canadiennes (les plus marquantes venant systématiquement de l'Ontario), et s'inscrivent toutes dans une trame de fait et de droit relevant entièrement de la common law anglo-canadienne. Vu la primauté des décisions de la Cour suprême sur l'ensemble du droit Canadien, nous soulignons ici un certain accrochage, sinon un accrochage certain, découlant du fait d'imposer un courant jurisprudentiel obéissant à une conception épistémique du droit relevant de la common law au sein de la juridiction québécoise, intrinsèquement traversée par la pensée juridique civiliste.

accommodement raisonnable face à une mise en contradiction entre une règle objective et une réalité personnelle intrinsèquement liée à l'individu et indépendante de sa volonté comme le serait l'âge, l'origine ethnique, le sexe ou le handicap, est-ce encore la même chose de demander un tel régime spécial lorsque le motif invoqué est la croyance religieuse ?

Plusieurs décisions judiciaires marquantes ont frappé le vivre-ensemble québécois en décrétant que la règle universelle applicable à tous doit céder le pas devant la religion d'un seul – dont la plus célèbre est sans doute l'affaire *Multani c. Commission Scolaire Marguerite-Bourgeoys*⁹ où un règlement scolaire interdisant le port d'armes dans les écoles d'une commission scolaire fut invalidé par la Cour suprême pour permettre à un jeune sikh de pouvoir se présenter à l'école muni d'un poignard à signification religieuse que son dogme lui commandait de porter.

Beaucoup au Québec ont crié scandale. Et même en dépit d'une jurisprudence constante – force hiérarchique de la Cour Suprême et de la Charte canadienne oblige – à l'accommodement religieux sur demande, une majorité très significative de la population québécoise n'accepte pas, aujourd'hui encore, que l'on puisse invoquer la religion -considérée au Québec comme une affaire privée et personnelle- pour être dispensé des règles applicables à tous. Loin de s'amoinrir avec le passage du temps, le ressentiment social et collectif des Québécois par rapport à ce courant judiciaire et son impact sur le vivre-ensemble collectif de la société est allé en augmentant¹⁰.

Prenant acte de la situation, le gouvernement Charest mandatait en 2007 la *Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles*, présidée par Gérard Bouchard et Charles Taylor, pour prendre le pouls de la population québécoise sur cette question. Cet exercice consultatif prit fin un an plus tard, avec le dépôt du rapport final de la Commission Bouchard-Taylor en 2008¹¹, le « Rapport Bouchard-Taylor ». Le Rapport Bouchard-Taylor, et la tenue de la Commission d'enquête qui a mené à son aboutissement, auront été vertement critiqués au sein de la société civile pour de nombreuses raisons qu'il sort de nos prétentions d'aborder ici, particulièrement au niveau de ses conclusions et recommandations finales, que beaucoup ont estimé biaisées et chargées de préjugés politiques. Il sort cependant de ce rapport une chose minimale sur laquelle tous peuvent s'entendre (même si d'aucuns estiment que le Rapport Bouchard-Taylor se révèle timoré sur la question et que l'on pourrait -devrait- aller beaucoup plus loin que ce qu'il ne préconise dans ses recommandations à cet effet): le besoin d'encadrer les demandes d'accommodements raisonnables motivés par des considérations religieuses et d'adresser la question de la laïcité de l'État au travers de ses représentants. Sur ce dernier point, le Rapport Bouchard-Taylor recommandait à tout le moins que les agents de l'État en situation d'autorité coercitive -tels les juges, les policiers et gardiens de prison, procureurs de la couronne ainsi que certains hauts représentants de l'Assemblée nationale- fassent

9 Précit., note 7.

10 Voir notamment Julius H. GREY, « L'accommodement raisonnable : multiculturalisme et vision républicaine » dans Myriam JÉZÉQUEL (dir), *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 235 ss. ; et 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 ss.

11 Précit., note 6.

preuve d'une neutralité d'affichage religieux absolue dans l'exercice de leurs fonctions¹².

Le débat entourant le projet de *Charte des valeurs québécoise*¹³ du précédent gouvernement en 2013 a rapidement révélé que pour une majorité significative de la population québécoise, ce minima était insuffisant et qu'il fallait mettre en place une véritable laïcité d'affichage intégrale dans l'appareil d'État pour en assurer non seulement la neutralité d'action, mais aussi d'apparence. Ayant reçu un appui majoritaire de la part de la population lors des discussions entourant son processus d'adoption¹⁴, ce projet de loi est cependant tombé en caducité avec le changement de gouvernement suivant les élections générales de 2014 ayant porté le présent gouvernement au pouvoir.

Le Projet de loi n° 62, cherchant en apparence à encadrer -comme son nom l'indique- le respect de la neutralité religieuse de l'État et les demandes d'accommodements religieux, s'inscrit à titre de réponse du présent gouvernement à cette grande réflexion collective.

Et, dans cette perspective, il fait pâle figure.

Le Projet de loi n° 62 ne rencontre même pas le minima recommandé par le Rapport Bouchard-Taylor. Au contraire, il en nie la recommandation de base -même contestée quant à savoir s'il doit s'agir d'un objectif à atteindre ou d'un minimum à dépasser- et vient permettre de manière pratiquement dérégulée le port de tout type de symbole religieux par tout type d'agent de l'État dans l'exercice de ses fonctions, même ceux investis de pouvoirs coercitifs. Pire, il se trouve même à aller plus loin en plaçant officieusement, si ce n'est officiellement, le pouvoir normatif de la religion sur un palier hiérarchique supérieur à celui de la norme de droit objective au travers d'une sanction et d'une généralisation législative de l'accommodement pour motifs religieux.

En dépit de nos différends intellectuels et juridiques avec les auteurs de ce rapport, nous ne pouvons que les rejoindre dans la consternation quant au fait que le Projet de loi ne rencontre même pas leurs recommandations. Nous estimons qu'il est par ailleurs significatif que ceux-ci aient refusé de se présenter devant cette honorable commission pour discuter du Projet de loi par opposition à son contenu jugé insuffisant¹⁵.

12 *Idem*, p. 271

13 Projet de loi n°60, intitulé *Charte affirmant les valeurs de laïcité et de neutralité religieuse de l'État ainsi que l'égalité entre les femmes et les hommes et encadrant les demandes d'accommodement*

14 Voir Antoine ROBITAILLE, « Un tsunami d'opinions pour soutenir le débat », *Le Devoir* (5 octobre 2013), en ligne: <<http://www.ledevoir.com/politique/quebec/389239/un-tsunami-d-opinions-pour-nourrir-le-debat>>; La Presse Canadienne, « Charte des valeurs: 52 % des Québécois en faveur du projet » dans *La Presse*, 21 septembre 2013, en ligne : <<http://www.lapresse.ca/actualites/politique/politique-quebecoise/201309/21/01-4691706-charte-des-valeurs-52-des-quebecois-en-faveur-du-projet.php>>; voir également Jeanette BERTRAND, « Une charte pour les femmes », dans *La Presse*, 15 octobre 2013, en ligne: <<http://www.lapresse.ca/debats/votre-opinion/201310/11/01-4699030-une-charte-pour-les-femmes.php>>; François CÔTÉ et Daniel TURP, « Charte des valeurs québécoises - Objection juridique à un argumentaire politique », 2013, *L'Action Nationale*, Vol CIII, nos 9-10; Guillaume ROUSSEAU, « Charte des valeurs québécoises – un commentaire douteux fondé sur une idéologie contestable » *Le Devoir* (18 octobre 2013) en ligne: <<http://www.ledevoir.com/politique/quebec/390255/un-commentaire-douteux-fonde-sur-une-ideologie-contestable>>

15 Tommy CHOUINARD, « Une vingtaine de groupes refusent de discuter de neutralité religieuse », *La Presse*, 17 octobre 2016, en ligne: <<http://www.lapresse.ca/actualites/politique/politique-quebecoise/201610/17/01-5031322-une-vingtaine-de-groupes-refusent-de-discuter-de-neutralite-religieuse.php>>

Dans les faits, tel que nous le détaillons aux présentes, le Projet de loi n° 62 se démarque, à notre avis de manière peu reluisante, par son caractère creux et son absence de contenu obligationnel réel, ainsi que par sa manière de légiférer par le silence et *l'a contrario* sans parler explicitement. Sans aller jusqu'à le qualifier de « trompeur », nous l'estimons à tout le moins suspect.

L'écrasante majorité des prétendues « obligations » qu'il entend imposer en matière de neutralité religieuse sont en réalité soit dotées d'exceptions tellement larges qu'on en arrive à renverser règle et exception, soit sont carrément facultatives et n'entraînent pas de réel devoir de respect de leur contenu.

Pire, en dépit de son objectif annoncé – tel que déclaré par le Premier ministre alors qu'il était chef de l'opposition en 2014¹⁶ – d'assurer un minimum, même encore plus bas que celui du Rapport Bouchard-Taylor, au travers d'une prétendue interdiction de donner ou de recevoir des services au sein de l'appareil d'État avec le visage dissimulé pour des raisons religieuses, une lecture du détail de ses dispositions révèle que le Projet de loi n° 62 n'emportera même pas cet effet en pratique, vu que cette « interdiction » est en réalité une « exception » à une règle qui commande de les autoriser en présence d'une demande d'accommodement.

Nous soupçonnons ici qu'il s'agit bien plus d'une entreprise législative cherchant à légaliser de manière libérale le port des signes religieux ostentatoires – y compris la dissimulation du visage – au sein de la fonction publique (laquelle inclut le milieu de l'éducation, rappelons-le) au travers d'une interprétation *a contrario* de son contenu, suivant le vieux principe d'interprétation selon lequel « tout ce qui n'est pas interdit est permis ».

Dans les faits, l'effet (si ce n'est l'objectif voulu par ses rédacteurs – la question se pose) du Projet de loi n° 62 sera d'interdire effectivement toute restriction au port de symboles religieux au sein des membres du personnel des organismes d'État et du réseau élargi de la santé et de l'éducation. Nous ne pouvons que nous interroger laconiquement sur les raisons qui ont amené les rédacteurs du Projet de loi n° 62 à ne pas plutôt l'intituler « *Loi autorisant le port de symboles religieux et la dissimulation du visage au sein de la fonction publique, des centres de la petite enfance, des établissements d'enseignement et les centres de soins subventionnés.* »

Par ailleurs, l'obligation de « neutralité religieuse » qu'il prétend consacrer en en limitant la définition à « veiller à ne pas favoriser ni défavoriser une personne en raison de l'appartenance ou non de cette dernière à une religion » non seulement ne répond à aucune problématique sociale réelle au Québec, mais risque au surplus d'être invoquée comme argument supplémentaire pour justifier encore plus d'accommodements raisonnables au nom de la religion. Loin d'être une mesure de laïcité, ou même de neutralité, il s'agit d'une porte d'entrée supplémentaire de la religion dans les affaires de l'État.

En outre, en ce qui a trait de l'encadrement qu'avance le Projet de loi quant à la gestion des demandes d'accommodements raisonnables soutenus par des motifs de nature religieuse, nous ne pouvons qu'être

16 Robert DUTRISAC, « Couillard prône l'interdiction de la burqa, du niqab et du tchador », dans *Le Devoir*, 22 janvier 2014, en ligne: <<http://www.ledevoir.com/politique/quebec/397904/couillard-prone-l-interdiction-de-la-burqa-du-niqab-et-du-tchador>>

profondément navrés de voir qu'il ne propose qu'un conformisme plat du pouvoir législatif québécois à une jurisprudence de la Cour suprême du Canada -pourtant dénoncée par la population québécoise- alors que le législateur dispose d'une occasion en or d'affirmer et d'exercer son pouvoir souverain en la matière au nom de la spécificité québécoise qui, sociojuridiquement, ne conçoit pas et ne vit pas ses rapports de droit impliquant d'une même manière que dans le reste du Canada¹⁷. Dans une démocratie, le pouvoir souverain réside dans les mains du législateur élu par la population, et non dans l'appareil judiciaire. C'est notamment pour cette raison que nos Chartes des droits, même supralégislatives, comportent des dispositions permettant au législateur de déroger aux interprétations jurisprudentielles des droits fondamentaux pour faire primer ce qu'il en estime être la juste vision en cas de désaccord avec l'appareil judiciaire¹⁸.

En définitive, nous sommes d'avis que le Projet de loi n° 62 est un mauvais projet de loi.

Nous croyons qu'il ne répond non seulement en rien aux grandes préoccupations des Québécois en matière d'encadrement de la religion dans la sphère des activités de l'État – pire, qu'il les ignore et légifère à leur contraire en en faisant fi – mais qu'au surplus, il se trouve à imposer subtilement, par le silence et le non-dit, un contenu obligationnel significativement lourd en matière de libéralisation presque absolue des accommodements raisonnables et du port des symboles religieux dans la fonction publique, sans faire preuve de transparence législative à cet égard envers la population à l'endroit de laquelle il aura vocation à s'appliquer.

Nous invitons conséquemment l'Assemblée nationale à considérer l'abandon de cette entreprise, qui ne correspond pas aux attentes de la société québécoise en matière de laïcité – pire, qui les ignore et les rejette pour tenter d'imposer une règle de droit allant à leur rencontre. À défaut d'une répudiation pure et simple, qui constituerait selon nous de loin la meilleure option, nous invitons subsidiairement l'Assemblée nationale à considérer plusieurs modifications substantielles au contenu et au libellé du Projet de loi n° 62 pour en clarifier les nombreuses ambiguïtés et atteindre un degré satisfaisant de transparence politique, intellectuelle et législative.

Pour étayer ces prétentions, nous présenterons dans un premier temps une série d'observations théoriques touchant les fondements du Projet de loi (1) ainsi qu'une série d'observations appliquées ayant rapport au libellé de certains de ses articles-clés (2).

17 Voir notamment Adrian POPOVICI, « Le rôle de la Cour suprême en droit civil », (2000) 34 *R.J.T.* 607 ; H. Patrick GLENN, « La disposition préliminaire du Code civil du Québec, le droit commun et les principes généraux du droit », (2005) 46 *C. de D.* 339 ; Danielle PINARD, « Les dix ans de la Charte canadienne des droits et libertés et le droit civil québécois : quelques réflexions », (1992) 24 *R.D. Ottawa* 193. ; Voir également Mathieu BOCK-CÔTÉ, *Fin de cycle – aux origines du malaise politique québécois*, Montréal, Boréal, 2012; Tania LONGPRÉ, *Québec cherche québécois pour relation à long terme et plus*, Montréal, Stanké, 2013; Eugénie BROUILLET, *La négation de la nation – L'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, Québec, Septentrion, 2005; Danic PARENTEAU, *Précis républicain à l'usage des Québécois*, Montréal, Fides, 2014 ; ainsi que l'incontournable Fernand DUMONT, *Genèse de la société québécoise*, Montréal, Boréal, 1996

18 Charte canadienne, art. 33 ; Charte québécoise, art. 52. Nous renvoyons par ailleurs à une étude réalisée sur ce sujet spécifique, à paraître sous peu Guillaume ROUSSEAU et François CÔTÉ, « A Distinctive Quebec Theory of the Notwithstanding Clause: When Collective Interests Outweighs Individual Rights » *University of Toronto Law Journal* (à paraître, 2017).

1. OBSERVATIONS THÉORIQUES : UN PROJET DE LOI CONTRAIRE À LA RÉALITÉ QUÉBÉCOISE ET AUX FONDEMENTS DE SON DROIT

Pourquoi le Projet de loi n° 62 ? Si c'est réellement pour répondre aux aspirations de laïcité de la société québécoise et garantir à tous les Québécois un appareil d'État véritablement neutre d'un point de vue religieux, cette entreprise législative échoue à atteindre cet objectif.

En effet, un examen de quelques considérations théoriques préliminaires permet de mettre en lumière que la « neutralité religieuse » telle qu'envisagée au Projet de Loi n° 62 épouse une approche du droit de common law la considérant sous l'angle du « sécularisme ». Elle ne cadre pas avec la conception québécoise d'inspiration civiliste de la neutralité religieuse comme devant relever de la « laïcité », qui est la conception sociojuridique de la neutralité religieuse traditionnelle au Québec et qui en aura marqué les plus grands acquis sociaux depuis les cinquante dernières années (1.1)

Au surplus, présentée comme elle l'est au Projet de loi n 62, la « neutralité religieuse » qui retient toute l'attention de l'entreprise législative créé en fait un homme de paille et un écran de fumée. Concrètement, alors qu'il charge contre une coquille vide aux allures de moulin à vent, le Projet de loi se trouve, par son inaction, à sanctionner et accorder sa bénédiction à une présence de la religion au sein de l'État plus large encore qu'elle n'a jamais été fait au Québec, rappelant (voire dépassant) le temps de Maurice Duplessis (1.2).

Nous anticipons aussi que le Projet de loi, par son ambiguïté et son silence à de nombreux endroits-clé, entraînera des conséquences toxiques que nous estimons non seulement contraires à une recherche réelle de la neutralité religieuse, mais au surplus délétères dans le rôle et la représentation de l'État en tant qu'incarnation de la puissance publique d'origine démocratique. Il entraîne à notre avis non seulement une négation du droit collectif des citoyens québécois d'avoir un État laïc, mais aussi une mise en supériorité du « je » individuel de l'employé de l'État au détriment de l'État qu'il doit représenter et du « nous » collectif de la société qu'il doit servir (1.3)

1.1 Considérations préliminaires

Pour bien comprendre à quel point le Projet de loi s'éloigne des fondements sociaux juridiques de l'encadrement traditionnel de la religion au Québec, on posera quelques jalons théoriques essentiels. En effet, le Projet de loi n° 62 semble amalgamer plusieurs concepts distincts et à certains égards contradictoires en matière de neutralité religieuse, qu'il importe de démêler.

D'emblée, on proposera ici d'effectuer deux ordres de distinctions préliminaires fondamentales. Un premier ordre de distinction à tracer concerne la nature même de la « neutralité religieuse » entre les deux approches qu'elle peut recevoir, soit le « sécularisme », d'une part, et la « laïcité » d'autre part (1.1.1). Cette distinction se justifie elle-même dans des différences d'approches conceptuelles quant à la nature de la religion en ce que l'on admette ou non de distinguer entre les « croyances » religieuses et les « pratiques » religieuses (1.1.2) et quant à la portée de l' « essentialisme religieux identitaire » dans la définition d'un individu en tant qu'être humain (1.1.3)

1.1.1 La distinction entre le « sécularisme » et la « laïcité »

Le terme « neutralité religieuse », en soi, est équivoque. Que signifie la neutralité religieuse concrètement au juste ? Comment l'État rencontre-t-il une obligation de neutralité religieuse dans les faits ? Deux grandes écoles de pensée s'affrontent sur cette question : celle du « sécularisme » et celle de la « laïcité ».

D'une part, se trouve l'approche du sécularisme, d'inspiration britannique, et qui colore le concept de « neutralité religieuse » au sein des juridictions du Commonwealth anglo-saxon de common law (Canada anglais, États-Unis, Grande-Bretagne, etc.). La conception séculière de la neutralité religieuse part de deux prémisses essentielles :

- i. L'appartenance à une religion est une caractéristique absolue et absolument intrinsèque dans la définition d'un individu en tant qu'être humain, au même titre que ses caractéristiques physiques. L'individu n'a conséquemment aucun contrôle sur l'impact de sa religion sur son mode de vie et ses comportements et est obligé de s'y conformer sans échappatoire.
- ii. Conséquemment, l'individu étant absolument soumis à sa religion, il est impensable de lui demander de distinguer entre ses croyances religieuses profondes et les pratiques d'exercice de ces croyances telles que commandées par ce dogme. L'absence de libre arbitre dans la croyance implique l'absence de libre arbitre dans la pratique.

D'autre part, se trouve l'approche de la laïcité, d'inspiration européenne continentale, et qui se retrouve au sein des juridictions civilistes d'inspiration française et germanique (France, Allemagne, Belgique, etc.) - et à laquelle se rattache la conception québécoise de la neutralité religieuse depuis la Révolution Tranquille¹⁹. Pour sa part, et par opposition à l'approche séculière, l'approche laïque retient plutôt les deux socles intellectuels suivants :

- i. La croyance religieuse est ultimement une affaire de conviction, en fonction de laquelle un individu adhère à une série de valeurs et de croyances. En ce sens, elle n'est pas différente par nature de la conviction politique, et relève d'un exercice de raison, de choix. Tout individu possédant par ailleurs la faculté de renier une religion, d'adhérer à une religion ou de changer de religion – tout comme en matière de conviction politique – il en résulte qu'on ne peut pas considérer la religion comme une caractéristique intrinsèque à la définition d'un individu en tant qu'être humain au même titre qu'on pourrait le faire pour une caractéristique physique.
- ii. Ce caractère intellectuel et non-intrinsèque de l'appartenance religieuse permet de distinguer les « croyances » religieuses des « pratiques » religieuses²⁰. Si pour des raisons historiques et humanitaires, nous considérons qu'il est illégitime pour l'État de s'immiscer dans le domaine des croyances, il n'y a rien d'illégitime à demander à un individu de faire exercice de son libre

19 Élément linguistique d'importance singulière, tout particulièrement lorsqu'on considère la jurisprudence de langue anglaise se penchant sur la question : alors que la langue française distingue les concepts avec deux mots différents, il n'existe qu'un seul mot en langue anglaise pour désigner le concept de neutralité religieuse, celui de « *secularism* ».

20 Voir également §1.1.2, *Infra*.

arbitre et de balancer l'exercice de ses pratiques religieuses au respect des règles de vie en société.

Tant le sécularisme que la laïcité prônent certes la séparation de l'Église et de l'État, et tant l'une que l'autre des écoles de pensée affirment que religion et droit se doivent d'être distincts – mais elles procèdent de différentes manières, avec des perspectives différentes et des démarches différentes.

Suivant le sécularisme, c'est à l'État qu'incombe l'obligation de s'abstenir d'intervenir dans les affaires de la religion. Il en découle une approche de la « neutralité religieuse » selon laquelle l'État doit simplement s'abstenir de favoriser ou de défavoriser une religion en particulier, et du reste, doit les laisser largement faire comme elles l'entendent. Suivant une approche séculière de la « neutralité religieuse » donc, toutes les religions ont leur place égale au sein de la sphère civique.

Suivant la laïcité, c'est plutôt à la religion qu'incombe le devoir de se retirer des affaires de l'État. Bien sûr, la laïcité entraîne également le même devoir d'absence de favoritisme ou de défavoritisme de l'État envers la religion, mais elle va un degré plus loin. Suivant l'approche laïque, la simple présence d'une religion au sein de l'appareil d'État, même en absence d'actions favorables ou défavorables de l'État à son endroit, ne peut par définition pas être véritablement neutre à l'endroit des citoyens, vu le caractère moral et intrinsèquement prosélyte de toute religion. Autrement dit, si l'État, suivant une perspective laïque, autorisait ses représentants à se réclamer ouvertement de leur religion, il se retrouverait du coup à soumettre les justiciables à l'influence passive du message religieux ainsi véhiculé, qui emporte une pression religieuse sur les citoyens par simple effet d'osmose. Conséquemment, et vue que suivant une approche laïque de la « neutralité religieuse » il est légitime de demander à un individu de consentir à certaines restrictions dans l'exercice de ses pratiques religieuses, aucune religion ne devrait évoluer dans la sphère civique. Les membres de l'État ont alors certes le droit à leur propres convictions personnelles, mais ils doivent les garder pour eux et ne pas employer, même passivement, la tribune civique comme plate-forme de leur manifestation.

Autrement dit, alors que le sécularisme prône une égalité en matière religieuse en passant par la permissivité totale et l'absence d'action de l'État à l'endroit des religions, la laïcité prône une égalité en matière religieuse par le retrait total des religions de la sphère de l'État.

Il serait bien sûr fallacieux de prétendre qu'une des approches est objectivement meilleure qu'une autre. En réalité, il s'agit de deux conceptions intellectuelles de la « neutralité religieuse » qui sont également valables. Cependant, comme pour toute conception fondamentale du droit, cette idée de la « neutralité religieuse » ne peut s'extraire du contexte sociologique où elle doit recevoir application – et doit, pour rencontrer sa mission normative lorsqu'elle devient droit, respecter la mentalité sociojuridique collective de la population, d'où le droit tire ultimement sa légitimité²¹. Or, il y a problème lorsqu'on tente d'imposer une conception au sein d'un environnement sociojuridique qui relève traditionnellement de l'autre. Si ces approches peuvent coexister dans le domaine abstrait des conceptions intellectuelles, le fait d'en imposer une dans un contexte social qui se reconnaît davantage dans l'autre peut être à juste

21 David GILLES et Simon LABAYLE, « L'irrédentisme des valeurs dans le droit – La quête du fondement axiologique » (2012) *R.D.U.S.* 309 ; Voir également Émile DURKHEIM, *Règles de la méthode sociologique*, Paris, Alcan, 1895, réédité par Paris, Flammarion, 2009.

titre perçu comme constituant une négation des fondements sociojuridiques de la conception collective de cette population quant à ce que doit être la « neutralité religieuse ».

Ceci pose un problème majeur, en ce que le Projet de loi n° 62 annonce clairement son ancrage dans une conception de neutralité religieuse relevant exclusivement de la sécularité et se distanciant de la laïcité – tel qu'il ressort notamment des notes explicatives et tout particulièrement du second alinéa de son article 4, qui prétend définir l'obligation de « neutralité religieuse » comme la simple absence séculière de favoritisme ou de défavoritisme.

Ainsi, en prônant une telle approche de la « neutralité religieuse », le Projet de loi n° 62 s'éloigne du fondement sociologique du droit, tel que défini par Émile Durkheim en tant que reflet des « états forts de la conscience commune »²², en ce qu'au Québec, les états forts de cette conscience commune considèrent, de manière résolue depuis plus de 50 ans, la neutralité religieuse comme ancrée dans la laïcité²³, et où on constate (comme dans beaucoup de sociétés démocratiques modernes) un « malaise » à la prolifération des symboles religieux à l'intérieur de la sphère publique et civique²⁴

Cette distinction entre le sécularisme et la laïcité se lie également à la différence de conception que nous évoquions plus haut quant à l'amalgame ou non à effectuer entre les « croyances » et les « pratiques » religieuses quand vient le temps de considérer la portée du droit à la liberté fondamentale de conscience et de religion, ainsi qu'à la question de savoir si oui ou non la religion est un élément qui définit un individu de manière intrinsèque.

1.1.2 La distinction entre les « croyances » religieuses et les « pratiques » religieuses

Une autre distinction de base à effectuer en matière de neutralité religieuse se trouve dans la nature et la portée du droit fondamental à la liberté de religion et implique de porter un regard sur la nature d'un contenu religieux. On doit en effet effectuer une distinction absolument impérative et fondamentale en matière d'encadrement législatif de la religion, en distinguant les « croyances » religieuses, des « pratiques » religieuses. La religion, la conviction, ou toute autre forme d'adhérence à une croyance sincère de nature religieuse se décline ainsi par définition en deux volets: une partie intime et propre à chacun, la croyance, et une partie extériorisée qui exprime et rend visible la première, les pratiques²⁵

22 Durkheim, précit., note 21, p. 112.

23 Voir BOCK-CÔTÉ ; PARENTEAU ; DUMONT, précit., note 17 ; Voir également GREY, précit. note 10.

24 GAUDREAU-DESBIENS, précit. note 10.

25 Voir notam. Philippe FONTAINE, *La Croyance*, Paris, Ellipse, 2003; et Max WEBER, *Sociologie de la religion*, Paris, Gallimard, 1996. On notera que cette distinction a été théoriquement effectuée par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Big M. Drug Mart*, précit., note 7, pour cependant être rejetée comme non-pertinente du point de vue du plus haut tribunal canadien. La liberté de religion emporterait ainsi une liberté « positive », relevant de la liberté d'adhérer à quelque croyance qui soit, et une liberté « négative », qui emporte de ne pas être gêné dans l'exercice des pratiques religieuses commandées par sa croyance. Rejetant les éléments laïcs présentés au soutien d'une conception laïque de la liberté de religion dans cette affaire d'origine albertaine, le juge Dickson retient, dans un contexte d'application de la Charte canadienne à des faits et à un contexte social originaire d'une province anglophone de common law, la conception séculière de la liberté de religion. Respectueusement, nous soulevons un regard critique sur la transposabilité sociologique de cette approche au contexte québécois.

Les « croyances » religieuses (ou areligieuses, comme l'athéisme ou l'agnosticisme) relèvent de la conviction profonde et de l'adhésion intime d'un individu à un ensemble de prémisses, d'enseignements, de réflexions et d'idées quant à la nature et la raison d'être de l'existence humaine, le but de la vie, la recherche du bonheur et de l'accomplissement ainsi que la nature éventuelle de l'au-delà ou d'une réalité qui transcenderait l'existence matérielle et vécue. La « croyance » par définition, est un élément intrinsèquement personnel et lié au « moi » de l'individu, dans l'intimité de sa conscience.

Les « pratiques » religieuses quant à elles sont des règles de comportement dictées par la religion quant à une manière prescrite d'agir et de vivre en harmonie avec ses croyances. Elles impliquent des devoirs d'agir, des comportements à adopter et des rituels à suivre, tant de manière personnelle que dans ses interactions sociales et interindividuelles. Contrairement à la « croyance », qui relève exclusivement du for intérieur, la « pratique » religieuse nécessite par définition d'être extériorisée. Elle doit, pour s'accomplir, quitter la seule intimité de la conscience de l'individu pour se réaliser dans le monde réel au travers des paroles, des gestes et des choix.

Il incombe de manière impérative de distinguer les deux concepts.

La « croyance » religieuse, par définition intime et intérieure, est souveraine et intouchable. Tenter d'atteindre cette croyance en imposant à un individu de « croire » ou « ne pas croire » en une foi quelconque – y incluant, de manière moindre, le fait d'exercer une pression par la récompense ou la punition liée à l'adhésion à une croyance – est une atteinte absolument injustifiable à son intégrité de conscience, et plus largement sa liberté de penser et son autonomie intellectuelle. Depuis des siècles, il est universellement reconnu dans les démocraties modernes que chacun doit avoir le droit souverain et intouchable de croire, ou de ne pas croire, quelque dogme religieux qu'il souhaite – et qu'aucune autorité coercitive ne doit pouvoir venir poser ni action ni jugement sur de telles croyances.

Or, en matière de « pratiques » religieuses, la chose est différente. En effet, du fait qu'elles quittent la sphère d'intimité intérieure de l'individu pour venir s'exprimer dans les faits et gestes de cet individu en société, elles ne sont plus quelque chose de purement intérieur : elles deviennent, par leur manifestation, des comportements sociaux. Et dans un État de droit, les comportements sociaux peuvent -doivent- être régulés.

Cette distinction entre les « croyances » et les « pratiques » est nécessaire en société, car elle implique de reconnaître la présence collective de d'autres individus que celui qui s'en réclame – lesquels peuvent tout à fait légitimement ne pas adhérer aux mêmes croyances que lui. Si la croyance n'est, ultimement, que l'affaire de chacun au cas par cas, la vie en société dans laquelle s'inscrivent les pratiques est l'affaire de tous et dépend du respect partagé de certaines règles de comportement universelles, collectivement jugées essentielles à l'harmonie sociale.

Bien sûr, l'encadrement d'une pratique religieuse doit faire preuve d'une grande déférence lorsqu'il touche la sphère purement privée des individus, mais de moins en moins au fur et à mesure qu'il quitte la sphère privée pour impliquer d'autres personnes, puis la vie en public, et finalement la vie civique. Plus on quitte la sphère privée pour verser vers la sphère sociale, plus les comportements sociaux peuvent, et doivent, être encadrés. Tout encadrement d'une pratique religieuse n'est pas forcément par

définition attentatoire aux libertés fondamentales et la prise en compte du contexte d'un tel encadrement est d'une importance primordiale pour en évaluer la légalité au regard des droits de la personne.

1.1.3 Le non-essentialisme religieux identitaire et la laïcité de l'État de droit au Québec depuis la Révolution Tranquille

Ceci soulève cependant une question importante : qu'arrive-t-il lorsqu'un individu est placé dans une situation où le respect de ses pratiques religieuses est incompatible avec les règles de droit applicables pour l'ensemble de la société ? Est-ce porter atteinte à la liberté de conscience et de religion d'un individu que de lui demander de choisir entre le respect des pratiques religieuses dictées par la religion à laquelle il adhère et le respect des règles de droit ?

La réponse à cette question, intimement liée à la distinction précédemment effectuée, repose dans l'adhésion ou non à la doctrine de l'« essentialisme religieux identitaire » (ci-après, pour concision, « l'essentialisme »).

L'essentialisme revient à considérer que l'adhésion d'une personne à une religion est une part absolument intrinsèque de son identité, qui relève de l'essence même de cette personne en tant qu'être humain et dont elle ne peut se défaire parce qu'elle fait partie d'elle. Bien plus qu'une simple question de choix ou de conviction, l'adhésion à une religion est perçue comme un -fait-, comme l'âge, le sexe, l'origine ethnique ou le handicap, sur lequel l'individu n'a aucun contrôle et qui le définit de manière absolue dans ce qu'il est. Une personne serait catholique, juive, musulmane ou athée, de même manière qu'elle serait homme ou femme, Blanche, Noire ou Asiatique, ou âgée de 20, 40 ou 60 ans.

Suivant la perspective de l'essentialisme, vu qu'un individu est défini dans ce qu'est est, par essence, par sa croyance religieuse, il apparaît choquant de lui demander de mettre de côté des pratiques que sa croyance lui impose de suivre. L'individu n'a aucun choix : la religion le supplante de manière absolue et colore sa définition en tant qu'être humain. Pour permettre une analogie, demander à un individu de mettre de côté une pratique commandée par sa croyance religieuse reviendrait au même que de demander à une personne handicapée d'arrêter de se déplacer en fauteuil roulant : c'est refuser de reconnaître une part fondamentale de ce qu'il est et nier par le même coup sa dignité humaine intrinsèque. Pour des raisons pragmatiques, on permettra malgré tout une restriction de l'exercice de certaines pratiques religieuses dans le seul et restrictif cas où leur expression pourrait causer un préjudice personnel et direct à autrui, mais sauf cette limite fort restreinte, justifiée par le respect des droits individuels des autres individus, il apparaît impensable de limiter la pratique sans par là limiter la croyance suivant une quelconque perception collective.

Par opposition, le non-essentialisme considère pour sa part la religion comme une conviction personnelle et privée, de certes grande importance, mais qui ne définit pas une personne dans son humanité même. Plutôt, le non-essentialisme considère que la religion est d'abord et avant tout une affaire de choix : une personne peut *choisir* d'appartenir à une religion donnée, tout comme elle peut *choisir* d'en sortir. Il s'agit d'une conviction, qui mérite certes un très grand respect (et qui ne doit pas, dans son volet « croyance » être cible de pression de la part de l'État), mais il ne s'agit pas d'une donnée supérieure à l'individu sur laquelle celui-ci n'a aucun contrôle possible. Suivant l'approche non-

essentialiste, l'adhésion d'une personne à une conviction religieuse doit être considérée de même nature que son adhésion à une orientation politique. Il s'agit d'un choix et d'un mode de vie, mais non de ce qui définit l'individu dans son humanité. Or, comme la religion devient ici affaire personnelle de choix et de convictions, il n'y a plus rien de choquant à demander à un individu de s'abstenir d'une pratique religieuse donnée dans les circonstances où il a une pleine liberté de choix dans ses actions²⁶.

Soulignons ici que, bien que les perceptions personnelles au sujet de l'essentialisme varient énormément au sein des divers individus d'une société, il demeure cependant nécessaire d'adopter un point de vue objectif et uniforme sur cette question d'un point de vue législatif, qui réponde aux aspirations sociales de l'ensemble de la collectivité. Il serait en effet incohérent de considérer que l'essentialisme religieux identitaire puisse à la fois s'appliquer et ne pas s'appliquer en société, en ce qu'une telle position se retrouverait à créer des catégories de citoyens, dont le respect des droits fondamentaux en matière de religion serait fondamentalement différent dépendamment qu'ils soient essentialistes ou non. Ceci emporterait une distinction dans la nature de ces droits fondamentaux en raison des individus qu'ils visent. Or, comme les droits fondamentaux sont intrinsèquement liés à la nature humaine, ceci emporterait qu'une société qui accepte à la fois l'essentialisme et le non-essentialisme accepte aussi qu'il existe plusieurs « catégories d'humains » avec des droits différents et où les essentialistes seraient « plus protégés » que les non-essentialistes – ce qui serait inadmissible dans une démocratie qui part de la prémisse que tous ses citoyens doivent être égaux en droit.

Et au Québec, depuis la Révolution Tranquille, nous avons massivement rejeté la doctrine de l'essentialisme religieux identitaire. Un immense consensus social a eu lieu au tournant des années 1960 pour rejeter la mainmise du clergé dans les affaires de l'État alors que celui-ci prétendait agir au nom de l'essence même de la nation québécoise. À cette occasion historique, renouant par là avec ses racines fondatrices, le peuple québécois affirma haut et fort que les Québécois ne se définissent pas en tant qu'être humains en fonction de leur adhésion à la religion (catholique en l'occurrence) ; que personne n'était « plus » ou « moins » québécois en fonction de son adhésion ou non à une croyance. Au Québec, nous avons ainsi un consensus social fort et durable selon lequel la conviction religieuse ne définit pas un individu dans son humanité. Elle est d'abord et avant tout une question de choix, certes intime, privé et méritant respect à titre de croyance, mais elle ne subsume pas l'individu, ni dans son humanité, ni dans son libre arbitre²⁷.

*

Ces distinctions précédentes auront mis en place un échiquier intellectuel permettant de mieux contextualiser le Projet de loi par rapport à la réalité sociojuridique québécoise, et comprendre ainsi pourquoi il apparaît en conflit avec cette réalité.

26 Mentionnons-le au passage, l'approche non-essentialiste reconnaît elle aussi qu'il y a quelque chose d'illégitime de demander à un individu de renoncer à ses pratiques religieuses lorsque celui-ci se trouve placé dans une situation dans laquelle il n'a absolument pas choisi de se trouver et à l'égard de laquelle il ne dispose d'aucun échappatoire possible : par exemple, un patient malade en contexte hospitalier.

27 Voir BOCK-CÔTÉ ; PARENTEAU ; DUMONT, précit., note 17 ; Voir également GREY et GAUDREAU-DESBIENS précit. note 10.

Ultimement, il y a deux manières de comprendre le concept de « neutralité religieuse » ; soit l'approche laïque, soit l'approche séculière – le Québec retenant socialement la première. Ainsi, la conception laïque de la neutralité religieuse au Québec implique que l'individu ne se définit par en tant qu'être humain par son adhésion à un dogme religieux, et considère qu'il est légitime d'effectuer une distinction entre les croyances et les convictions profondes, ces dernières pouvant faire l'objet d'un encadrement juridique dans la portée de leur expression dans le domaine civique (et plus largement public). Conséquemment, il devient logique de considérer que, au moment d'agir en tant que représentant de la puissance publique, il n'y a rien d'illégitime à demander à un employé de l'État de s'abstenir de manifester ses pratiques religieuses : l'on ne nie pas sa liberté de conscience pour autant, car il s'agit d'une affaire privée. En outre, par une telle limitation de l'expression des pratiques religieuses chez les représentants de l'État, on assure à tous les citoyens ayant à faire avec ces représentants de l'État que ceux-ci ne feront pas l'objet d'une pression induite sur leurs propres croyances au travers du message intrinsèquement chargé de croyance qui vient passivement avec n'importe quelle manifestation religieuse.

Pourtant, le Projet de loi n° 62 semble faire fi de cette conception québécoise laïque de la « neutralité religieuse » pour y préférer celle du sécularisme. À ce titre, il échoue à représenter véritablement la société québécoise, et se trouve à l'assujettir, dans ses rapports civiques avec son propre chef de pouvoir démocratique, l'État, à une approche de la neutralité religieuse dans laquelle elle ne se reconnaît pas.

1.2 La « neutralité religieuse » envisagée au Projet de loi : quelle neutralité religieuse ?

Un élément fondamentalement problématique du Projet de loi n° 62 relève du fait que sa raison d'être, telle que présenté, est de « favoriser le respect de la neutralité religieuse de l'État ». La disposition est d'apparence neutre et objective – mais après lecture du détail du Projet de loi, elle se révèle moins l'être qu'il n'y paraît.

Lorsqu'on en lit le détail, on en comprend par l'effet combiné de ses articles 4 et 9, que cette « neutralité religieuse » serait atteinte en obligeant les employés d'état à « ne pas favoriser ni défavoriser une personne en raison de l'appartenance ou non de cette dernière à une religion », ainsi qu'en « obligeant » (guillemets obligatoires, car la lecture détaillée du projet de loi révèle que cette obligation n'en est pas une en réalité) l'octroi et la réception de services à visage découvert.

Autrement dit, le Projet de loi n° 62 prétendrait garantir la neutralité religieuse de l'État en obligeant ses employés à n'accorder ni traitement de faveur, ni de défaveur, à un citoyen simplement en raison de son appartenance à une religion donnée. On évacue ici toute la question (pourtant essentielle à notre avis) de la neutralité d'affichage pour se concentrer uniquement sur la neutralité d'action.

Mais cela répond-il à un véritable problème social (1.2.1) ? Ou est-ce plutôt une voie détournée pour atteindre un autre objectif que le Projet de loi n'annonce pas explicitement (1.2.2) ?

1.2.1 L'absence d'un problème réel et objectif de défavoritisme institutionnel de l'État en fonction des croyances religieuses

Qu'on nous permette de douter que cette entreprise législative réponde effectivement à un problème social quelconque. Si l'affichage religieux pose problème au Québec, personne ne peut réellement dire qu'il y a un véritable problème de refus de service ou de mauvais traitement en raison des croyances religieuses.

En effet, malgré des recherches diligentes, nous échouons à trouver un seul cas dans l'actualité récente où un employé du gouvernement aurait traité défavorablement un justiciable (ou, à l'inverse, lui aurait accordé plus de privilèges et permissions) simplement du fait que ce dernier était ou non d'une conviction religieuse donnée. Pour le dire clairement, ce genre de situation n'arrive tout simplement pas au Québec. Personne ne se fait refuser l'accès à l'appareil d'État, ni maltraiter ni, inversement, privilégier, en fonction de sa croyance religieuse – aucun employé du gouvernement, quel qu'il soit, ne laisse son impression quant aux croyances personnelles d'un individu affecter son jugement dans l'exercice de ses fonctions. Si de tels cas il y a pu y avoir, ils n'ont fait ni manchettes, ni jurisprudence et ont dû être rapidement traités par les responsables en place avec toutes les sanctions disciplinaires déjà prévues dans les divers lois, règlements, directives et politiques de travail en place au sein de la fonction.

Dans cette perspective, nous échouons à voir à quel problème social le Projet de loi chercherait à répondre en imposant aux employés de l'État d'agir de manière neutre si ces derniers le font déjà et si des règles et devoirs sont déjà en place pour l'assurer d'autre part à titre de règle de travail interne. Où est le besoin de légiférer ?

À moins que cette « neutralité religieuse », telle que présentée au Projet de loi n'ait justement *pas* cet objectif...

Nous renvoyons à nos commentaires détaillés sur l'interprétation juridique du concept de « favoriser ou défavoriser » plus loin aux présentes²⁸. Mais nous nous interrogeons sur ce que le Projet de loi cherche à protéger ici au juste.

Devant ce constat, nous sommes face à trois explications possibles. La première est critiquable, la seconde est discutable, et la troisième est inquiétante.

Soit, A, les rédacteurs du Projet de loi sont véritablement d'avis qu'il y a un problème systémique au Québec, où des gens se font dire « je refuse de vous servir parce que vous êtes de telle religion ». Si tel est réellement le cas, nous enjoignons les responsables du dossier à se rendre directement sur le terrain pour constater par eux-mêmes que cela n'arrive jamais et réaliser qu'il sont dans l'erreur la plus totale.

Soit, B, les rédacteurs du Projet de loi savent pertinemment qu'il n'existe pas un tel problème systémique au Québec, mais en le présentant comme « le problème à régler » en matière de laïcité, ils font un exercice politique de « fermer le dossier » en ignorant les aspects les plus importants.

28 *Infra* §2.1.2.

Soit, C, le véritable objectif des rédacteurs du Projet de loi ne réside pas dans la protection de la liberté fondamentale des justiciables quant à leurs croyances, mais bien dans un désir d'assurer une liberté d'expression absolue des pratiques. Bien plus que de garantir à tous les Québécois, de toutes confessions ou absence de confession, un État véritablement neutre par la laïcité – on s'affaire plutôt à mettre hors de portée toute politique étatique qui, par l'entremise de l'action ou d'une décision d'un fonctionnaire (ce qui, dans la réalité, englobe toutes les actions que peut poser l'État) pourrait incommoder un justiciable individuel qui se verrait limité dans l'exercice de ses pratiques religieuses.

À la lecture du Projet de loi dans son ensemble, et compte tenu de son rattachement apparemment implicite à la jurisprudence anglo-canadienne en matière de sécularisme et d'accommodements raisonnables, nous croyons qu'il s'agit de l'option la plus probable – ce qui ne nous rassure pas.

1.2.2 Le véritable objectif du Projet de loi : libéraliser l'expression des pratiques religieuses au sens large au sein de la sphère d'action de l'État

Ainsi, le Projet de loi viserait en réalité à protéger non pas le citoyen moyen, mais bien spécifiquement l'individu qui cherche à afficher, exprimer et imposer ses pratiques religieuses dans ses rapports avec l'État – en ce que ce serait limiter sa faculté de le faire qui serait véritablement constitutive du prétendu défavoritisme que le Projet de loi viserait à empêcher.

À terme, non seulement une telle disposition n'aurait aucun effet réel dans la défense de la laïcité, mais au surplus pourrait-elle être employée pour la mettre en péril en *interdisant* effectivement toute restriction à l'expression religieuse dans la sphère civique. Fort d'une conception séculière de la neutralité religieuse ignorant la distinction entre croyance et pratique (laquelle, faut-il le répéter, n'est pas la conception sociojuridique de la neutralité religieuse de la société québécoise), le Projet de loi ouvrirait la porte à permettre à tout justiciable de s'estimer « défavorisé » devant un encadrement juridique qui pourrait limiter l'exercice de ses pratiques religieuses, empêchant ainsi l'État de mettre en place de telles limites.

Autrement dit, l'objectif du Projet de loi ne serait pas de proposer un encadrement des pratiques religieuses des fonctionnaires et des justiciables dans les rapports impliquant l'État et les citoyens, mais bien d'abattre autant que possible les limitations à la présence de la religion dans la sphère de l'action de l'État. L'interdiction « de favoriser ou défavoriser en raison de l'appartenance à une religion » serait plutôt réellement une interdiction « de favoriser ou de défavoriser en raison des pratiques religieuses ».

Si telle est réellement la voie choisie par les rédacteurs du Projet de loi, ceux-ci servent alors bien mal la société québécoise, en cherchant à lui imposer à titre de règle de droit, une conception de la neutralité religieuse déphasée de sa réalité sociale et de ses aspirations collectives. Si tel n'est pas le cas et que les rédacteurs du Projet de loi cherchent uniquement à interdire le favoritisme et défavoritisme visant les croyances et non les pratiques, la donnée, même si nous l'estimons alors constituer une réponse inutile à un problème inexistant, devrait être clarifiée par un choix des mots plus clair sur cette question.

1.3 La négation du droit collectif des citoyens québécois à un État neutre et d'apparence neutre –

et l'effritement du statut de l'État en tant que représentant du bien commun et de la collectivité

En continuité avec ce qui précède, si l'objectif du Projet de loi est ainsi véritablement de libéraliser à grande échelle l'expression des pratiques religieuses dans le cadre des interactions avec la très large sphère civique de l'État en qualifiant l'encadrement ou la restriction de ces pratiques comme une forme de défavoritisme à interdire, nous soumettons que par cette voie, il contribue non seulement à une négation systémique du droit collectif des citoyens québécois d'avoir un État laïc (1.3.1.), mais aussi à un effritement, au travers de ses représentants, du statut de l'État en tant que représentant neutre, objectif et universel de tous les citoyens (1.3.2).

1.3.1 La négation du droit des citoyens du Québec à un État religieusement neutre et d'apparence religieusement neutre

Soulignons-le même s'il s'agit d'une évidence, le port d'un signe religieux produit passivement un effet de promotion religieuse, par le fait même qu'il est le support de la conviction qu'il représente, et ce, indépendamment de la volonté de son porteur²⁹.

Lorsqu'on voit un hidjab, il est impossible de ne pas constater qu'il affiche le message que son porteur adhère au dogme musulman, qu'il s'y estime soumis et qu'il le croit bon³⁰. La même chose est vraie pour le port d'une kippa dans la religion juive, d'une croix pour la religion chrétienne – et ainsi de suite pour tout symbole religieux. Or, dès lors qu'une personne affiche un message d'approbation (ou de désapprobation) à l'égard de quelque chose, cela emporte une pression intellectuelle intrinsèque chez tout destinataire du message, à qui cette opinion est passivement imposée. Le porteur du symbole devient ainsi -même sans aucune volonté active de sa part- le promoteur passif d'une religion par l'endossement visible de l'un de ses symboles³¹. Autrement dit, le simple port d'un signe religieux ostentatoire est en soi un message à connotation religieuse.

Si la chose n'a absolument rien d'illégitime dans la grande majorité des situations de la vie commune, où la coexistence de l'infinie variété des croyances et des idées humaines est saine et nécessaire au dynamisme intellectuel commun dans les relations d'égal à égal, la chose est différente lorsqu'un symbole religieux est revêtu par un employé de l'État dans l'exercice de ses fonctions.

En incarnant l'autorité de l'État, même sans pouvoir coercitif, un représentant de l'État qui s'affiche en portant un signe religieux ostentatoire dans le cadre de son travail se retrouve à parer l'État de ce même

29 Voir notam. Vincente FORTIER, *Le prosélytisme au regard du droit : une liberté sous contrôle*, Centre Interdisciplinaire d'Étude du Religieux, 2008, en ligne: <<http://www.msh-m.fr/presentation/centres-heberges/centre-interdisciplinaire-d-etude/les-cahiers/anciens-numeros/No3-Transmission-traduction/Articles,217/Le-proselytisme-au-regard-du-droit>>

30 On soulignera que, de par leur référence à l'absolu de l'existence et au concept de suprématie divine, les religions ne peuvent généralement admettre que d'autres religions soient également valables, sans quoi elles entrent en contradiction avec leur prétention de détenir « la » bonne réponse à la vie et à l'au-delà. Ceci emporte automatiquement, de par la simple existence du symbole religieux (ici encore, indépendamment de toute volonté de son porteur) la critique selon laquelle le fait de ne pas adhérer à la même religion constitue une erreur.

31 Notons que l'on pourrait dire exactement la même chose quant au message inhérent de tout vêtement à connotation sportive, politique, artistique ou autre. Par exemple, une personne qui serait vêtue d'un chandail arborant un slogan politique ne peut ignorer qu'il transfère un message d'approbation de ce slogan à toute personne le voyant ainsi vêtu.

signe religieux ostentatoire ainsi qu'à lui faire endosser l'approbation du message religieux qu'il dégage, même en affirmant de toute bonne foi agir de manière neutre.

En permettant, notamment au travers de son article 9, le port de tout vêtement religieux par les fonctionnaires de l'État dans l'exercice de leurs fonctions, le Projet de loi vient ainsi permettre aux religions d'utiliser l'État comme porte-voix d'une forme passive de prosélytisme. Figures d'autorités, les représentants de l'État se trouvent ainsi à véhiculer le message religieux du symbole porté comme s'il était lui-même endossé et approuvé par l'État. Le message religieux n'est plus communiqué d'égal à égal : il provient d'une autorité envers un justiciable lui étant assujéti.

Or, ceci contrevient de manière directe à toute recherche réelle de neutralité religieuse par l'État. La neutralité religieuse n'étant ainsi plus que simple affaire d'action, mais aussi d'apparence. Ce raisonnement a été maintes fois reconnu par la Cour européenne des droits de l'Homme, et tout particulièrement dans le milieu de l'enseignement où les jeunes enfants s'avèrent particulièrement vulnérables à ce genre d'influence. Par exemple, une enseignante qui se présente voilée dans l'exercice de ses fonctions ne peut tout simplement pas se détacher du message de promotion religieuse passive qu'elle transmet par son voile dans le regard des enfants sous sa garde et qui voient en elle -et dans ce symbole- la représentation de l'autorité et du modèle à suivre³².

Le Projet de loi semble ainsi l'ignorer, tout comme il semble ignorer le principe de droit fondamental selon lequel la neutralité emporte aussi l'apparence de neutralité.

Nous concluons sur ce point en relevant au passage que nous trouvons ici particulièrement spécieux et incohérent que, alors que le Projet de loi vient libéraliser à grande échelle la diffusion de messages religieux par les employés de l'État dans l'exercice de leurs fonctions, la *Loi sur la fonction publique* quant à elle, prohibe la manifestation par les employés de l'État de tout message à connotation politique dans l'exercice de leurs fonctions³³. Si l'on considère que tant le dogme religieux que la conviction politique procèdent tous deux de croyances profondes quant à la nature d'une « bonne » direction à suivre, et que tous deux impliquent un contenu normatif appelé à réguler les règles de comportement, nous échouons à voir pourquoi le Projet de loi ne se rend pas jusqu'à sa conclusion logique en dérégulant aussi le port des symboles politiques par les fonctionnaires de l'État dans l'exercice de leurs fonctions.

1.3.2 L'effritement du statut de l'État en tant que représentant neutre, objectif et universel de tous les citoyens au travers de ses représentants – et l'intimidation passive des justiciables

Finalement, un autre élément délétère que nous ne pouvons ignorer ici est l'effet d'effritement du statut de l'État en tant que représentant de la collectivité qu'entraînera invariablement le Projet de loi par sa libéralisation du port de symboles religieux par ses représentants dans l'exercice de leurs fonctions.

En effet, en exprimant ouvertement leurs pratiques, notamment par l'affichage visible de leurs croyances, les employés de l'État expriment intrinsèquement un élément d'individualisme, de « je »,

³² *Dalhab c. Suisse*, Cour européenne des droits de l'Homme, 15 février 2001, RFDA 2003.

³³ *Loi sur la fonction publique*, R.L.R.Q., c. F-3.1.1, arts. 10 et 11.

alors que la nature même de leurs fonctions au service de la collectivité commande qu'ils fassent passer le « nous » collectif de l'ensemble des citoyens qu'ils doivent servir avant tout chose. Ceci est incompatible avec l'exercice d'un mandat au service de la collectivité. Lorsqu'un individu accepte de devenir un employé d'un organisme public, l'exercice de son travail cesse de ne relever que de la relation privée entre son employeur et lui-même. Il ne saurait ainsi faire abstraction du symbole et du rôle qu'il incarne tant auprès de la population que des collègues auprès desquels il travaille. Cet élément est d'une importance capitale et on ne saurait suffisamment le souligner. Raisonner autrement reviendrait à faire primer la perspective individuelle d'un employé de l'État sur sa mission civique et sur le respect des droits tant individuels que collectifs de tous les citoyens qu'il a pour devoir de servir.

En outre, il convient de souligner également avec emphase qu'il n'existe pas une telle chose qu'un droit fondamental d'obtenir un emploi dans la fonction publique, pas plus qu'une obligation impérative d'avoir un tel emploi. Il s'agit d'un privilège -librement consenti et accepté- qui s'acquiert au mérite et aux compétences, et qui peut tout à fait légitimement s'assortir de conditions et d'encadrement. Rien n'empêche quiconque d'aller travailler au privé si un devoir de neutralité d'affichage exigée par la fonction publique ne convient pas, mais cette neutralité au bénéfice de tous est essentielle pour assurer la réelle liberté de conscience et de religion de toute la population dans la sphère civique de notre démocratie conformément au principe laïc de neutralité de l'État.

À cet égard, on soulignera au passage l'affaire *Kurtulmus c. Turquie*, où la Cour européenne des droits de l'Homme a tenu les propos fort éclairants sur cette question qu'il convient de reproduire intégralement :

« La Cour relève que des règles portant sur la tenue vestimentaire des fonctionnaires s'imposent de manière égale à tous les fonctionnaires, quelles que soient leurs fonctions et leur conviction religieuse. Elles impliquent que tout fonctionnaire, représentant de l'État dans l'exercice de ses fonctions, ait une apparence neutre afin de préserver le principe de la laïcité et de la neutralité de la fonction publique qui en découle. Selon ces règles, un fonctionnaire doit paraître sur son lieu de travail la tête nue. Il ne fait aucun doute que la requérante a librement adhéré à ce statut de fonctionnaire. Enseignante à l'université³⁴ et, en cette qualité, détentrice de l'autorité universitaire et représentante de l'État, elle ne peut ignorer les règles en vertu desquelles elle doit faire preuve de discrétion dans l'expression publique de ses convictions religieuses. Par ailleurs, la Cour rappelle avoir toujours souligné que la sauvegarde du principe de laïcité constitue assurément l'un des principes fondateurs de l'État turc (Leyla Sahin, précité, § 114) ; c'est cet impératif qui est la considération primordiale à la base desdites règles et non des objections à une apparence liée aux convictions religieuses de la requérante. »³⁵

En renversant ainsi se devoir et en imposant à l'État le devoir de se soumettre à ses propres fonctionnaires plutôt que d'exiger d'eux une quelconque modulation comportementale lorsqu'il est question de religion, on ne peut faire abstraction du message, fort, envoyé selon lequel l'État s'incline

34 Notons que, à l'époque du jugement, l'Université publique où travaillait la requérante relevait de l'appareil d'État.

35 *Kurtulmus c. Turquie*, Cour européenne des droits de l'Homme, deuxième section, Requête no 65500/01, décision du 24 janvier 2006.

devant la religion même devant ses propres fonctionnaires et représentants. Ceci vient affecter la perception de la légitimité même de l'État en tant que dépositaire du pouvoir public et remet en question autant le sentiment de devoir d'obéissance que le sentiment d'appartenance à l'institution de l'État, en ce qu'elle n'apparaît plus comme une autorité souveraine et autonome.

* * *

En définitive, le Projet de loi n° 62 est selon nous intrinsèquement inadéquat dans ses fondements théoriques, en ce qu'il ne rejoint tout simplement pas la conception sociojuridique québécoise de la neutralité de l'État selon une perspective laïque. Plus grave, il ne fait pas simplement que se méprendre et passer à côté d'un objectif : il impose subtilement une philosophie du droit contraire aux valeurs profondes de la société québécoise en matière de neutralité religieuse et d'accommodements raisonnables.

Et comme son contenu le révèle, il le fait surtout par le silence et le non-dit.

2. OBSERVATIONS APPLIQUÉES : UN PROJET DE LOI OÙ LA TRANSPARENCE FAIT DÉFAUT

Nous présenterons ici plusieurs observations et critiques visant certaines dispositions spécifiques du Projet de loi, telles qu'elles y sont actuellement présentées. Au-delà de s'éloigner de la réalité sociojuridique québécoise dans ses ancrages théoriques, nous constatons également que sa facture détaillée s'avère elle aussi problématique. Pour le dire franchement, une lecture détaillée du Projet de loi n° 62, nous laisse surtout sous l'impression qu'il s'agit d'un projet de loi qui légifère par l'*a contrario* et par le silence plutôt que d'annoncer clairement le contenu normatif qu'il cherche à imposer à la population. Il manque à notre avis cruellement de transparence législative à l'endroit des citoyens du Québec durant cette étape de discussion préalable à son adoption – en ce que nombre des conséquences juridiques qu'il entraînera sont passés sous silence et n'apparaissent pas manifestement à la lecture du texte par un citoyen ordinaire.

Plus spécifiquement, notre regard s'attarde sur les conséquences juridiques appelées à découler de quatre des éléments prévus au Projet de loi, soit : l'encadrement et la définition du « devoir de neutralité religieuse » prévu à son article 4 (2.1) ; l'encadrement des « mesures contractuelles » prévu à son article 7 (2.2) ; l'apparente obligation de donner et de recevoir des services à visage découvert prévue à son article 9 (2.3) ; et la légifération qu'il propose du concept d'accommodement religieux (2.4).

2.1 Le « devoir de neutralité religieuse » du personnel des organismes publics (article 4) – des ambiguïtés

Élément-clé du Projet de loi tel que présenté, l'article 4 de ce dernier propose ce qui suit :

4. Un membre du personnel d'un organisme public doit faire preuve de neutralité religieuse dans l'exercice de ses fonctions.

Il doit veiller à ne pas favoriser ni défavoriser une personne en raison de l'appartenance ou non de cette dernière à une religion.

Outre nos critiques fondamentales quant à la nature et à la conception sociale du devoir de neutralité religieuse au Québec (renvoyant au fait que cet article, comme le reste du Projet de loi, d'ailleurs, semble bien davantage s'ancrer dans le sécularisme de common law que dans la laïcité québécoise civiliste), trois éléments appliqués au sein du second alinéa de l'article 4 sont pour le moins équivoques dans leur libellé : il s'agit de l'usage des mots « veiller à » (2.1.1) ; « favoriser ou défavoriser » (2.1.3.), ainsi que la locution « en raison de l'appartenance ou non (...) à une religion » (2.1.3)

2.1.1 « Veiller à » – un caractère subjectif ?

Alors que le premier alinéa de l'article 4 énonce le devoir de neutralité religieuse, son second alinéa détermine le contenu positif applicable au fonctionnaire pour s'y conformer. Cependant, dès les premiers mots, il comporte un élément d'équivoque en parlant d'un devoir de « veiller à ».

Pourquoi ce choix de verbe plutôt que de simplement énoncer que le fonctionnaire « ne doit pas » ?

Partant du principe que le législateur ne parle jamais pour rien dire, ce choix ne peut donc être qu'un exercice de style³⁶. L'expression « veiller à » quelque chose signifie, dans le présent contexte « faire preuve de vigilance », « surveiller », « demeurer attentif à », « faire attention à »³⁷. Ici encore, on renvoie à un devoir subjectif de l'employé de l'État d'essayer de faire attention, sans toutefois emporter une obligation absolue de la part de ce dernier d'arriver au résultat demandé. Autrement dit, il s'agit ici d'une obligation de moyens et non d'une obligation de résultat.

Nous sommes d'avis que ceci est générateur d'incertitude sur la nature de l'obligation de neutralité religieuse, quelle qu'en soit la teneur, en ce que ce libellé emporte un aléa d'application en fonction de la perspective subjective du fonctionnaire – ce qui n'a pas lieu d'être à notre avis dans une loi visant à encadrer un comportement général

Pour atteindre un résultat objectif et assurant le respect de l'obligation envisagée, nous recommandons de remplacer la locution « veiller à ne pas » par le verbe « devoir », qui emporte un contenu obligatoire objectif et certain, de la manière suivante :

« Il ne doit pas (...) »

2.1.2 « Favoriser ni défavoriser » : des mots au service des accommodements raisonnables

Les termes « favoriser » et « défavoriser » ont un contenu très vague, qui rend difficile de définir en quoi au juste consiste l'obligation de neutralité religieuse de l'employé de l'État qui y fait référence. À première vue, un individu moyen s'imaginera que ces mots emportent tout simplement l'interdiction pour un fonctionnaire de refuser de servir quelqu'un, de mal le servir (ou encore de le servir d'une manière indûment avantageuse) simplement à cause de l'appartenance du justiciable qui se fait servir à une religion donnée.

Nous soumettons cependant que, particulièrement compte tenu de la coloration séculière du Projet de loi dans son ensemble ainsi que du fait qu'il ait également pour mission d'encadrer les demandes d'accommodements raisonnables, une autre interprétation, beaucoup moins évidente mais beaucoup plus lourde de sens, serait à retenir comme constituant le contenu normatif de ces mots.

Suivant le dictionnaire Larousse, le terme « favoriser » renvoie aux idées suivantes³⁸ :

« Placer quelqu'un dans une situation qui l'avantage. Lui accorder un avantage, un privilège » ;

36 Nous soulignons au passage que ce choix de mots nous apparaît d'autant plus intrigant pour encadrer la portée normative du devoir de neutralité religieuse des fonctionnaires compte tenu du fait que, au sein de la *Loi sur la fonction publique*, précit. note 33, le devoir de réserve politique est systématiquement visé par la simple utilisation du verbe « devoir », sans importer le verbe « veiller à ».

37 Définition du dictionnaire Larousse: en ligne: <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/veiller/81275?q=veiller#80325>

38 Définition du dictionnaire Larousse: en ligne: <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/favoriser/33092?q=favoriser#33007>

« Créer les conditions qui permettent le succès d'une action, le développement d'une activité ; faciliter, encourager »

Le terme « défavoriser » quant à lui, signifie³⁹ :

« Priver quelqu'un d'un avantage ou d'une condition juste, satisfaisante, qu'un autre a ou qu'il aurait pu avoir » ; « Porter atteinte à quelqu'un, à sa situation économique » ; « Porter atteinte au développement de quelque chose ; handicaper »

Nous portons ici notre attention toute particulière sur le terme « défavoriser », qui est le plus équivoque des deux, et qui est celui des deux qui aura le plus vocation à être invoqué en pratique⁴⁰. Que veut-il dire, concrètement, au juste ? Qu'implique-t-il comme contenu normatif applicable ? Suivant quelle perspective doit-il être interprété ?

Ne pourrait-on pas affirmer qu'un fonctionnaire qui, tout en obéissant scrupuleusement à une norme d'application générale, refuserait d'accorder un permis ou un privilège X à un demandeur, demandé en lien avec une activité comportant un contenu religieux⁴¹ se retrouverait conséquemment à « défavoriser » un justiciable - en ce qu'il porterait atteinte à son développement ou à sa situation ? Il s'agit d'une hypothèse à ne pas cavalièrement rejeter, surtout du fait qu'elle a été expressément retenue par la Cour suprême du Canada rendue en vertu de la Charte canadienne dans l'arrêt *Lafontaine*⁴². Dans cette affaire, la cour avait conclu que le fait d'appliquer un règlement de zonage pour refuser à une congrégation religieuse d'ouvrir un lieu de culte à un endroit qui contreviendrait aux balises qu'il délimite, même si les fonctionnaires chargés de son application ont agi de manière factuellement neutre, même si le règlement de zonage lui-même était objectivement neutre, constituait une forme de défavoritisme, et donc une discrimination interdite en fonction de la religion.

En juxtaposant les éléments précédents, on comprend que le « favoritisme/défavoritisme » que le Projet de loi prétend interdire ne soit plus considéré suivant une norme objective et universelle, mais bien suivant la perspective subjective d'un demandeur qui en ressent les effets d'un point de vue personnel. Cette voie est d'autant plus à craindre compte tenu de la théorie de l'effet subjectif (aussi dite « théorie de l'effet réel ») suivie de jurisprudence constante par les tribunaux canadiens depuis l'arrêt *Oakes*⁴³.

Ainsi, bien plus que de garantir en apparence une neutralité d'action objective chez les fonctionnaires de l'État, l'usage de ces termes admet au contraire de faire encore plus de place à la pénétration et à la prépondérance des normes religieuses dans l'appareil de droit (vu l'absence de distinction entre

39 Définition du dictionnaire Larousse: en ligne: <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/d%C3%A9favoriser/22605?q=d%C3%A9favoriser#22485>

40 Objectivement, il est rare qu'une personne se plaigne d'avoir été bénéficiaire de favoritisme ; en revanche, le défavoritisme, en ce qu'il entraîne une perte ou un manque à gagner, appelle naturellement à être objet de davantage de récriminations.

41 On pensera, par exemple, aux pratiques d'abatage religieux qui peuvent potentiellement interférer avec une demande de permis d'abattoir ou avec les nouvelles dispositions législatives concernant le statut juridique des animaux – ou encore, à l'influence potentiellement restrictive d'un règlement de zonage sur la possibilité d'établissement d'un lieu de culte.

42 Voir notamment l'arrêt *Lafontaine*, précit. note 7.

43 *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

croyance et pratique), en permettant à tout justiciable qui serait frustré dans sa capacité de s'adonner à une pratique religieuse à cause d'une norme de droit de se plaindre d'être victime de « défavoritisme religieux » de la part de l'État.

Pour remédier à cette incertitude, nous recommandons d'employer un vocabulaire moins équivoque et plus détaillé, qui fait clairement référence à la signification apparente première de cet article pour le justiciable moyen, soit une application neutre et objective des règles de droit. Nous soumettons dans cette perspective, la formulation suivante :

« Il ne doit pas de manière contraire à la règle de droit prescrite et applicable à la situation :

i. accorder ou refuser d'accorder un avantage, tels une autorisation, un permis ou une dérogation,

ii. imposer ou refuser d'imposer une pénalité, tels une amende, un constat d'infraction ou le retrait d'un avantage,

iii. exiger ou refuser d'exiger l'accomplissement d'une obligation

iv. remplir ou refuser de remplir un devoir

v prendre ou refuser de prendre une décision,

vi poser ou refuser de poser un geste

vii servir ou refuser de servir quelqu'un

Alternativement, si les rédacteurs du Projet de loi ont véritablement l'objectif et l'intention d'ordonner avec force législative aux fonctionnaires de l'État de systématiquement assujettir le respect des règles de droit objectivement neutres et démocratiquement adoptées par l'ensemble de la population aux diverses pratiques religieuses dont tout justiciable peut individuellement se réclamer – sans quoi ils deviennent coupables de « défavoritisme » et manquent ainsi à leur devoir de neutralité – un minimum de transparence à l'endroit des citoyens demanderait de l'énoncer clairement plutôt que de dissimuler tout un aussi grand bagage de contenu normatif dans un seul mot au travers de son interprétation jurisprudentielle non-écrite.

2.1.3 « En raison de l'appartenance ou non (...) à une religion » : une expression qui englobe aussi les comportements

Les mots « en raison de l'appartenance » nous apparaissent ici difficiles à saisir. Non seulement le lien causal contemplé par la locution « en raison de » ne précise pas si l'on fait référence à la perspective subjective du fonctionnaire, à celle du justiciable, ou encore à la donne objective de la loi ou du

règlement qui s'applique dans la situation amenant les deux à interagir⁴⁴, mais au surplus, le concept de l'« appartenance » religieuse nous apparaît spécieux.

Que signifie « appartenir » à une religion ? Vise-t-on les croyances dans leur volet intime – ou englobe-t-on aussi dans cette « appartenance », critère d'application fondamental de l'article, les pratiques ? Que vise-t-on à réglementer ici au juste ? Cherche-t-on uniquement à protéger les justiciables de la possibilité qu'ils puissent subir un traitement différentiel en raison de leur *croyance* religieuse, ou cherche-t-on plutôt à englober les *pratiques* religieuses et ainsi interdire de pouvoir considérer un comportement comme limitatif en droit s'il est motivé par une considération religieuse ?

Dans la première hypothèse interprétative, il devient aisé de comprendre que l'on cherche à sanctionner une certaine forme de bigoterie, où un hypothétique (très hypothétique) fonctionnaire de mauvaise foi refuserait d'accomplir ses devoirs légaux simplement à cause du fait que le justiciable s'adressant à lui appartiendrait ou non à une confession religieuse donnée. Ceci nous apparaît on ne peut plus louable et légitime dans une démocratie libérale moderne.

Cependant, la seconde hypothèse interprétative, tout aussi intellectuellement valable que la première, apparaît beaucoup plus restrictive : on interdirait alors à un fonctionnaire de l'État d'agir ou de refuser d'agir (au sens large) en raison des *pratiques* religieuses d'un justiciable. Non sans lien avec notre observation précédente, cette hypothèse interprétative emporterait que si l'État, au travers d'un fonctionnaire, refuse de déroger à la règle de droit devant une demande individuelle de ne pas respecter cette règle au nom d'une religion, il serait en contravention avec le contenu normatif de l'article 4. Poussé à sa conclusion logique, cette disposition revient à interdire en pratique tout pouvoir discrétionnaire face à une quelconque demande d'accommodement soutenue par des motifs religieux, qui ne peut pratiquement plus être refusée – voire, il rend l'accommodement *de facto* préalable

Quelle que soit l'intention profonde des rédacteurs du Projet de loi, elle doit absolument être clarifiée pour éviter toute erreur interprétative.

Dans cette perspective, et pour assurer la primauté de la première interprétation, nous proposons la reformulation suivante :

« Il ne doit pas (...)»⁴⁵ en raison des convictions religieuses personnelles d'un individu. »

Cependant, compte tenu de nos observations précédentes au sujet de la coloration intellectuelle du Projet de loi comme ancré dans le sécularisme et le relativisme subjectif, tout nous porte à croire que la seconde interprétation soit celle réellement contemplée par les rédacteurs du Projet de loi. Si, encore, tel est le cas, une clarification littérale qui exposerait réellement cette intention serait nécessaire.

*

44 Autrement dit, vise-t-on la perception du *fonctionnaire* quant à la religion du justiciable, la perception du *justiciable* quant au ressenti eu égard à sa religion, ou encore la manière dont, indépendamment de la volonté des parties, la loi que le fonctionnaire applique se trouve à entrer en conflit avec la religion du justiciable ?

45 Voir recommandation de reformulation précédente.

D'après nous, l'article 4 du Projet de loi doit être absolument révisé et reformulé pour plus de clarté ; soit pour clarifier de manière non équivoque aux justiciables que sa raison d'être est bel et bien de sanctionner l'éventualité qu'un fonctionnaire puisse faire preuve de traitement différentiel à l'égard d'un justiciable simplement parce que celui-ci adhère à une religion quelconque à titre de croyance – soit pour établir de manière toute aussi claire que l'objectif du Projet de loi est de légiférer à l'effet que les pratiques religieuses doivent dorénavant être à considérées par les fonctionnaires de l'État comme supérieures aux règles de droit – et que de refuser d'y faire déférence, c'est faire preuve de défavoritisme et de discrimination.

Pour le réitérer, nous sommes d'avis qu'autant la première interprétation possible est inutile en ce qu'elle ne répond à aucune problématique sociale réelle, autant la seconde serait en contradiction manifeste avec la conception traditionnellement laïque de la neutralité religieuse et de la Règle de droit au Québec. En tous les cas, nous demeurons convaincus, le Projet de loi ne peut se permettre d'être ambigu sur la question.

2.2 Les « mesures contractuelles » (article 7) : un article dépourvu de contenu obligatoire

Un second élément d'ambiguïté réside dans le libellé de l'article 7 du Projet de loi, lequel semble en apparence prévoir une transposition possible du devoir de « neutralité religieuse » prévu à l'article 4 non seulement directement aux fonctionnaires de l'État, mais également aux cocontractants privés avec qui l'État fait affaire.

7. Un organisme public visé au premier alinéa de l'article 2 peut exiger, de toute personne ou société avec laquelle il conclut un contrat de service ou une entente de subvention, de respecter le devoir prévu à la section II, lorsque ce contrat ou cette entente a pour objet la prestation de services inhérents à la mission de cet organisme ou exécutés sur les lieux de travail de son personnel. Il en est de même pour une personne en autorité visée à l'un ou l'autre des paragraphes 2° à 4° de l'article 3.

D'emblée, on comprendra la logique derrière cette disposition : si les fonctionnaires de l'État sont assujettis à une obligation de neutralité religieuse, quelle qu'elle soit, dans leurs interactions avec les justiciables, il n'est que cohérent, pour le justiciable, que les cocontractants de l'État avec qui il peut interagir dans le même cadre relationnel soient eux aussi assujettis à cette même obligation.

Cependant, nous ne pouvons que nous interroger sur un élément en particulier : l'usage du verbe « pouvoir », en première ligne de l'article – qui, conformément à l'article 51 de la *Loi d'interprétation*⁴⁶ rend cette disposition d'application purement facultative et en laisse l'exercice à la discrétion souveraine de l'organisme administratif retenant les services d'un cocontractant.

46 *Loi d'interprétation*, R.L.R.Q., c. I-16, art. 51 : « Chaque fois qu'il est prescrit qu'une chose sera faite ou doit être faite, l'obligation de l'accomplir est absolue; mais s'il est dit qu'une chose « pourra » ou « peut » être faite, il est facultatif de l'accomplir ou non. »

Conséquemment, cette disposition admet la possibilité qu'un organisme public puisse, à sa discrétion, dispenser les cocontractants avec qui il fait affaire du devoir de neutralité religieuse à l'endroit des justiciables qu'ils serviront ou avec qui ils interagiront, quand bien même ces cocontractants remplissent, par sous-traitance, des fonctions intimement liées à l'accomplissement de la mission de l'État.

Une seule question : pourquoi ?

Nous estimons dangereuse cette possibilité, en ce qu'elle admet théoriquement une manière de contourner le devoir de neutralité religieuse en ayant recours à des sous-traitants. En outre, gardons en tête que, du point de vue du justiciable qui a affaire avec l'État, au sens large, il n'est pas toujours facile, voire même faisable, de distinguer les fonctionnaires des sous-traitants.

Cette éventualité nous apparaît particulièrement inquiétante dans les circonstances où l'appareil d'État fait affaire avec des agences de dotation de personnel, dont les préposés ont pour mission directe d'interagir avec les justiciables (par exemple, en milieu scolaire, au travers des surveillants et des employés de cafétéria – ou encore au sein des établissements de santé, via les préposés aux bénéficiaires dépêchés par des agences de placement).

En outre, le caractère non seulement facultatif, mais au surplus discrétionnaire de la disposition nous amène à anticiper des risques d'incohérences potentielles : au sein d'un Ministère X, les sous-traitants doivent respecter le devoir de neutralité religieuse, alors que ceux au sein du Ministère Y peuvent l'ignorer. Le justiciable aurait à juste titre l'impression d'être face à une situation de deux poids deux mesures, où l'État n'apparaît pas constant avec lui-même.

Dans cette perspective, nous recommanderions, purement et simplement, de substituer le mot « peut » par le mot « doit » dans l'article 7

« Un organisme public visé au premier alinéa de l'article 2 doit exiger (...) »

2.3 Les « services à visage découvert » (article 9) : dire une chose et permettre son contraire – un article qui dans les faits autorise la prestation et la réception de services à visage dissimulé

Un des objectifs principaux du Projet de loi tel que présenté, aussi minimaliste et insuffisant soit-il à notre avis, serait en apparence de légiférer pour garantir aux justiciables un plancher normatif minimal que les interactions entre l'État et les citoyens doivent se faire à visage découvert.

À cet effet, il prescrit une obligation de services à visage découvert dans son article 9 en ces termes :

9. Un membre du personnel d'un organisme doit exercer ses fonctions à visage découvert, sauf s'il est tenu de le couvrir, notamment en raison de ses conditions de travail ou des exigences propres à ses fonctions ou à l'exécution de certaines tâches.

De même, une personne à qui est fourni un service par un membre du personnel d'un organisme doit avoir le visage découvert lors de la prestation du service.

Un accommodement qui implique un aménagement à l'une ou l'autre de ces règles est possible mais doit être refusé si, compte tenu du contexte, des motifs portant sur la sécurité, l'identification ou le niveau de communication requis le justifient.

Toutefois, toute la portée de cette prétendue « obligation » de donner et de recevoir des services à visage découvert est réduite à néant par l'effet du troisième alinéa de cet article, qui prévoit la possibilité de demander un accommodement à cette règle – tel accommodement ne pouvant être refusé que lorsque des « motifs portant sur la sécurité, l'identification ou le niveau de communication requis le justifient ».

Ainsi, le troisième alinéa de l'article 9 du Projet de loi, tel que rédigé, se trouve ni plus ni moins à anéantir en pratique tout caractère véritablement obligatoire du devoir de visage découvert dans la prestation ou la réception de services impliquant l'appareil d'État, en ce qu'il prévoit que cette obligation doit s'incliner devant une demande d'accommodement. En ce sens, elle n'en est plus une (2.3.1).

En outre, cet alinéa souffre également, lui aussi, d'une sévère ambiguïté dans la détermination concrète des situations où une demande d'accommodement raisonnable faite pour contourner le semblant d'obligation qu'il impose ne peut être accordée (2.3.2).

2.3.1 La légalisation de la dissimulation du visage dans la prestation et la réception de services impliquant l'État au travers de l'accommodement religieux

La rédaction du troisième alinéa ne laisse ici aucune place à l'ambiguïté : l'« obligation » de visage découvert dans la prestation ou la réception de services du gouvernement n'en est pas une.

Si, comme certains avaient pu le comprendre, l'objectif du Projet de loi n° 62 était de garantir aux citoyens du Québec que, au moins, les rapports qu'ils entretiendront avec l'État québécois se feront, de part et d'autre, à visage découvert, ce dernier alinéa de son article 9 vient en pratique limiter l'application véritable de cette « règle » à des cas si limités qu'il devient permis de se demander s'ils signifient encore quelque chose pour la société à l'extérieur des frontières très étroites qu'il délimite.

En effet, le troisième alinéa de l'article 9 vient restreindre toute la portée réelle de l'obligation de visage découvert aux seules situations, qui mobilisent des questions de sécurité, d'identification ou de « niveau de communication » (expression par ailleurs non définie). Par opposition, cela entraîne que, dans toutes les situations qui ne mobilisent *pas* des considérations de sécurité, d'identification ou de « niveau de communication, tout employé du gouvernement ou tout citoyen demandant un service de la part de l'État, pourra effectivement le faire à visage couvert au travers de l'accommodement raisonnable. Or, si l'on considère les dispositions des articles 10 à 12 du Projet de loi (tout particulièrement l'article 10), qui font de l'accommodement la règle si générale qu'on peut la considérer absolue, il en résulte que, tel

que rédigé, l'article 9 du Projet de loi, bien loin d'interdire la dissimulation du visage dans la prestation et la réception de services impliquant l'État, se retrouve plutôt dans les faits à le transformer en droit incontestable et, dans les faits, à *interdire l'interdiction de dissimulation du visage*

En réalité, l'article 9 pourrait tout aussi se lire de la manière suivante avec exactement le même contenu normatif :

« Il est interdit d'empêcher un membre du personnel d'un organisme d'exercer ses fonctions a visage dissimulé.

De même, il est interdit d'empêcher une personne a qui est fourni un service par un membre du personnel d'un organisme d'avoir le visage dissimulé lors de la prestation du service.

Il est cependant fait exception à cette règle lorsque, dans l'accomplissement de ses fonctions un membre du personnel d'un organisme est tenu de se couvrir le visage notamment en raison de ses conditions de travail ou des exigences propres à ses fonctions ou à l'exécution de certaines taches ou si, compte tenu du contexte, des motifs portant sur la sécurité, l'identification ou le niveau de communication requis justifient que le membre du personnel ou la personne qui reçoit le service ait le visage découvert. »

Ainsi au travers de son article 9, le Projet de loi ne vient en rien interdire le recouvrement du visage aux comptoirs de service des bureaux du gouvernement, dans les garderies, en milieu hospitalier, dans les écoles et les CPE, etc. Et, n'affectant en rien les figures d'autorités, il permet tout à fait la possibilité à ce que nous ayons des policiers, des gardiens de prison, des députés et des juges qui se voilent le visage dans l'exercice de leurs fonctions.

Ceci emporte également, par extension, l'autorisation absolue du port de tout symbole religieux ostentatoire « moindre » que le recouvrement du visage, en ce que l'autorisation du degré le plus élevé d'une chose emporte automatiquement (sauf exceptions, mais ici absentes) l'autorisation des degrés moindres.

En outre, il ne fait pas seulement que permettre : en s'abstenant d'interdire, il vient créer une permission législative qui emporte pour effet « d'interdire d'interdire », suivant le principe général de droit à l'effet que « tout ce qui n'est pas interdit est permis ». Conséquemment, avec le Projet de loi 62, il ne sera tout simplement plus permis à un organisme étatique au sens large – y incluant au sein du système de santé auprès des personnes en situation de vulnérabilité médicale ainsi qu'au sein des établissements scolaires et des centres de la petite enfance auprès des jeunes générations encore très influençables dans la représentation des figures d'autorité – d'exiger de ses fonctionnaires une apparence de neutralité religieuse dans l'exercice de leurs fonctions auprès des justiciables.

Pour les raisons que nous avons déjà exposées, nous sommes d'avis que l'article 9 au complet doit être abrogé parce que largement insuffisant à rencontrer les aspirations collectives de neutralité religieuses de la société québécoise.

Du reste, si les rédacteurs du Projet de loi souhaitent réellement garantir le minimum, même insuffisant, à la population québécoise d'avoir une garantie d'interactions avec l'État à visage découvert, il est alors nécessaire, pour que cette garantie ait une quelconque valeur, de supprimer l'alinéa 3 intégralement.

Finalement, si la volonté des rédacteurs du Projet de loi est réellement telle que nous venons de l'analyser suivant sa forme actuelle et que l'objectif de cette disposition est effectivement d'empêcher de manière quasi absolue le port de symboles religieux ostentatoires allant même jusqu'à la dissimulation du visage dans la sphère civique, alors nous sommes respectueusement d'avis que, par honnêteté et transparence intellectuelle d'un législateur envers les citoyens qui seront soumis à cette loi, l'article 9 devrait à tout le moins être rédigé, comme nous l'avons suggéré plus haut, d'une manière qui laisse clairement comprendre que tel est le but du Projet de loi.

2.3.2 L'incertitude inhérente à la détermination des rarissimes situations où la dissimulation du visage pourrait être interdite

Finalement, même en admettant « le minimum du minimum » de l'exception prévue par le troisième alinéa de l'article 9, à savoir une interdiction de dissimulation du visage sans possibilité de contournement par l'accommodement raisonnable dans les situations qui « compte tenu du contexte, [le justifient pour] des motifs portant sur la sécurité, l'identification ou le niveau de communication requis », on se perd en conjectures pour savoir à quoi au juste peuvent correspondre de telles situations.

De quelles considérations de « sécurité » d' « identification » ou de « niveau de communication » parle-t-on au juste ? Une si vague définition laisse toute grande ouverte la porte pour que ces situations soient interprétées de manière si restrictive qu'elles ne veulent plus rien dire.

Lorsqu'on sait que les « considérations de sécurité » ne peuvent même pas limiter le port de vêtements religieux dans les activités sportives⁴⁷, et que le port d'une arme blanche pour des motifs religieux a été autorisé dans les écoles par la Cour suprême du Canada -dans un jugement au demeurant extrêmement critiquable et controversé⁴⁸- sans que ce tribunal ne juge que des raisons de sécurité ne justifient de

47 Bien qu'il ne s'agisse pas d'une décision judiciaire – car l'affaire a été réglée par décision exécutive interne suite aux diverses pressions reçues avant d'en arriver à la judiciarisation – on se rappellera qu'en 2007, l'Association Régionale de Soccer de Laval a décidé de modifier l'interprétation de son règlement intérieur interdisant le port de tout vêtement qui constituerait un « danger pour la sécurité » pour exclure de cette définition le port du hidjab – en réaction à un tollé médiatique découlant d'une demande de la part d'un arbitre à une joueuse d'ôter son foulard avant de participer à un match. Il est à noter que l'arbitre avait ancré sa décision dans le risque d'accrochage supplémentaire que constituait le vêtement dans l'éventualité d'un contact entre joueuses sur le terrain, qui pouvait potentiellement exposer la joueuse voilée à de plus grands risques de blessures. Cet argument fut rejeté. De même, également en 2007, la Fédération Québécoise de Tae Kwon Do a elle aussi modifié son règlement pour permettre le port du hidjab en situation de combat, la liberté de pratique religieuse l'emportant directement sur la limitation par sécurité dans un art martial, par définition violent. Il est à noter que, dans les deux cas, les associations sportives obéissaient initialement aux règles édictées par les fédérations internationales régissant leurs activités- elles-mêmes ancrées dans un double souci de neutralité religieuse sur le terrain ainsi que de protection de la sécurité physique des joueurs. Voir Marc RIOUX, *Enquête sur un échantillon de cas d'accommodements*, Rapport remis à la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, 2008.

48 *Multani*, précit. note 7.

limiter le « droit fondamental » de se trouver avec un poignard dans une école lorsque cela est justifié à titre de pratique religieuse du porteur de l'arme en question, on en arrive à se perdre dans la spéculation à imaginer quel genre de situation pourraient atteindre un degré suffisant d'importance pour que des motifs de « sécurité » viennent interdire le voilement du visage – mis à part, peut-être (et nous restons ici en pure hypothèse) dans le cadre restreint de la détention carcérale et criminelle.

La même observation est également valable en matière d' « identification ». Si l'on considère le récent jugement de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Ishaq*⁴⁹ (jugement lui aussi fort critiqué) qui a permis à une requérante de prêter son serment de citoyenneté canadienne -un des actes civiques les plus importants dans une démocratie : soit le fait d'en devenir membre- avec le visage intégralement dissimulé, on se perd en conjectures à essayer d'imaginer des situations qui pourraient être considérées comme nécessitant un degré plus élevé d'identification d'un individu. Rajoutons à cela que, conformément à la *Loi électorale* fédérale⁵⁰, il est aussi permis de voter, autre geste extrêmement important en démocratie, à visage dissimulé.

À part certaines prises de photographies officielles pour certaines cartes d'identité, comme la carte d'assurance-maladie ou le permis de conduire, on imagine mal des situations au-delà, peut-être, du contexte de l'arrestation et de l'incarcération (et encore, on rappellera que, depuis l'affaire *N.S.*⁵¹, la Cour suprême du Canada autorise maintenant le témoignage voilé en justice criminelle) qui rencontreraient un degré de nécessité d' « identification » suffisant pour ne pas admettre l'exception par l'accommodement.

Finalement, quant au « niveau de communication », encore là, le miasme persiste. Non seulement cette expression n'est pas définie au Projet de loi, mais au surplus, même en imaginant qu'elle fasse référence à un degré de neutralité d'affichage lié à la représentation officielle et publique de l'État par des hauts fonctionnaires agissant en capacité, il nous est permis de douter ici encore de l'existence même de situations où le « niveau de communication » serait jugé suffisamment important pour empêcher la dissimulation du visage au nom d'un accommodement religieux.

Autre élément d'incertitude : la détermination des situations d'exceptions à la possibilité de demander un accommodement raisonnable pour contourner l'obligation de visage découvert, au surplus de n'être limitée qu'à des situations extrêmement pointues, est par-dessus le marché soumise à une détermination discrétionnaire.

En effet, l'usage des mots « si, compte tenu du contexte, des motifs (...) le justifient » emporte un potentiel d'appréciation discrétionnaire quant au contexte et aux motifs qui pourraient justifier d'accorder ou de refuser d'accorder un accommodement.

Or, si l'on combine ce pouvoir discrétionnaire à l'interprétation du devoir de « neutralité religieuse » prévu à l'article 4 comme interdisant à un fonctionnaire d'agir de manière frustrant l'exercice d'une

49 *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Ishaq*, 2015 CAF 15

50 *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9.

51 *R. c. N.S.* [2012] 3 R.C.S. 726 .

pratique religieuse, le potentiel de contestation d'une décision de refuser d'accorder un accommodement pour de tels motifs croit de manière exponentielle, en ce que tout fonctionnaire ou justiciable qui se verrait refuser sa demande d'accommodement, même pour de tels motifs restreints à l'extrême, aurait toujours la possibilité de demander révision judiciaire de cette décision discrétionnaire au motif qu'elle constituerait du « défavoritisme religieux » à son encontre.

*

2.4 Les accommodements religieux (articles 10 à 12) : La porte toute grande ouverte au contournement de la règle de droit

Finalement, les articles 10 à 12 du Projet de loi prévoient un encadrement législatif des demandes d'accommodements raisonnables soutenues pour des motifs religieux, calqué sur la jurisprudence de la Cour suprême du Canada.

D'emblée, nous réitérons ici que, par essence, l'octroi d'accommodements raisonnables au nom d'une question aussi intrinsèquement subjective, privée et personnelle que la religion, lorsqu'il vise à permettre à la pratique religieuse de passer outre la règle de droit, est selon nous délétère quant à la primauté normative du droit démocratiquement adopté et universellement applicable au sein d'une société libre et démocratique. S'il serait tyrannique que la règle de droit ne tienne pas compte de la réalité physique indépendante de la volonté des humains pour leur imposer des devoirs qu'ils ne peuvent tout simplement pas accomplir – il se révèle à l'inverse tout aussi critiquable de refuser la règle de droit pour une question de choix personnel. Le droit étant un pilier du vivre-ensemble collectif, ceci revient à invoquer un choix personnel de refuser les règles de vivre-ensemble, tout en continuant à y évoluer malgré tout.

Quitte à nous répéter, cette situation est inquiétante à tous égards, et particulièrement dans le système d'éducation et des centres de la petite enfance ; en ce qu'elle permet de véhiculer un message d'approbation du refus de la règle de droit au nom des choix personnels. Couplons ceci avec le message passif de promotion d'idéologie religieuse intrinsèque à tout symbole religieux ostentatoire, et nous obtenons non seulement un exemple -avec valeur d'autorité à suivre dans l'oeil de l'enfant- de refus individualiste de la norme, mais au surplus un refus fait au nom d'une norme « jugée meilleure », la religion. La chose est absolument incompatible avec une société laïque.

Dans cette perspective, l'accommodement raisonnable ne devrait viser que les caractéristiques inhérentes, intrinsèques et intimement liées à l'existence d'un individu à la manière d'un fait et sur lesquelles il n'a objectivement aucune faculté de choix ; tels l'âge, le sexe, l'origine ethnique ou le handicap. Selon nous, la seule situation où un accommodement raisonnable pourrait valablement se justifier au nom d'une déférence envers les pratiques religieuses se trouverait dans les situations factuelles où un justiciable est placé dans une situation de fait qu'il n'a pas choisi, dont il ne peut s'extraire et à l'égard de laquelle il n'a aucune alternative – comme pour le cas d'un malade dans un hôpital.

Rappelons-le, suivant la conception québécoise laïque de la neutralité religieuse, la religion est -comme

la politique- une affaire privée de choix et de convictions. Étant une affaire de choix, elle ne saurait donc être opposée comme supérieure à la règle de droit, sans pour autant affirmer que le désir normatif de l'un doive l'emporter sur le désir normatif de la majorité – ce qui est contraire à la fondation démocratique.

Ceci étant, nous comprenons que les rédacteurs du Projet de loi ne sont pas de cet avis et préfèrent plutôt se rattacher à la conception judiciaire anglo-canadienne et de common law de la liberté de religion plutôt que de rester fidèles à la réalité sociale québécoise en la matière.

Cependant, même si nous ne partageons pas le point de vue des rédacteurs du Projet de loi quant à la nature du droit fondamental à la liberté de religion, que nous estimons contraire à la réalité sociale québécoise sur cette question, nous trouvons particulièrement discutable la manière dont la conception des accommodements raisonnables découlant d'une telle conception est ancrée dans le Projet de loi, aux articles 10 à 12.

En effet, en reconnaissant, d'une part, législativement de l'accommodement raisonnable pour motifs religieux par voie législative – la Section III du Projet de loi est par ailleurs intitulée « Accommodements religieux » – tout en laissant, d'autre part, l'encadrement législatif des demandes d'accommodements raisonnables justifiées par tous les autres droits fondamentaux prévus par les Chartes être régi par le droit jurisprudentiel, le Projet de loi se trouve à consacrer une différenciation entre le droit fondamental à la liberté de religion et les autres droits fondamentaux – alors qu'il est de jurisprudence constante depuis l'adoption même de nos Chartes des droits qu'il n'y a pas et ne peut y avoir de hiérarchie ni de distinction conceptuelle fondamentale entre les droits fondamentaux, en ce qu'ils sont toutes des facettes d'égale valeur de la dignité humaine.

Par ailleurs, quand bien même les critères décisionnels prévus par le projet de loi à l'égard de l'encadrement des demandes d'accommodements pour motifs religieux respectent scrupuleusement les paramètres d'octroi établis par la jurisprudence canadienne, le fait de les consacrer de la sorte en loi entraîne deux conséquences selon nous inquiétante.:

Premièrement, gardant en tête que la source formelle première du droit est dans la loi écrite et non dans la jurisprudence (ce qui est particulièrement vrai dans un Québec traversé de tradition civiliste), le fait de placer la religion sous l'égide de cette source formelle première alors qu'on laisse les autres droits fondamentaux sous l'égide de la jurisprudence envoie le signal législatif qu'il s'agit d'une question « plus importante ». La chose paraît à sa face même critiquable.

En outre, comme nous le mentionnions, nous nous désolons de constater que les rédacteurs du Projet de loi aient préféré calquer leur conception de l'accommodement raisonnable sur la définition judiciaire qu'en donne la Cour suprême du Canada, en dépit des critiques sociales importantes que génère le concept. À titre de détenteur du pouvoir législatif, le plus haut pouvoir dans une démocratie parlementaire, le législateur aurait ici une occasion en or d'affirmer la différence québécoise en édictant son propre régime de droit concernant l'encadrement des demandes d'accommodements qui soit en harmonie avec ses valeurs sociales profondes – tout particulièrement quant à la distinction non-essentialiste à effectuer entre croyances et pratiques religieuses.

Faut-il le rappeler aux rédacteurs du Projet de loi, le législateur n'est pas inféodé aux tribunaux et dispose de tous les pouvoirs requis pour aller à l'encontre d'une décision de justice, d'un courant jurisprudentiel au complet, même, avec lequel il n'est pas d'accord – notamment grâce au recours aux dispositions dérogatoires⁵².

Finalement, nous observerons, à titre quelque peu laconique, que si la limite de la « contrainte excessive » comme garde-fou contre les accommodements « déraisonnables » trouve une certaine logique en contexte de droit privé des relations de travail, où les ressources d'un employeur sont limitées (rappelons que le concept même de l'accommodement raisonnable origine des litiges de droit du travail en contexte privé⁵³), sa transposition à titre de concept se fait difficilement en droit public et au sein des relations de travail impliquant l'État à titre d'employeur. En effet, les ressources humaines, matérielles et financières de l'État étant sans commune mesure avec celles des entreprises privées, les situations où des contraintes sont réellement « excessives » en matière de relation de travail s'y retrouvent limitées suivant un rapport de plusieurs ordres de magnitude vers le bas. Il en résulte à notre avis que, sauf des situations impliquant des limites matérielles et physiques absolument incontournables et sans possibilité de réaménagement ou de réaffectation, l'État ne dispose en pratique d'aucune échappatoire devant une revendication d'accommodement qui lui est présentée.

52 *Supra*, note 18.

53 Voir *Simpson-Sears*, précit., note 7.

CONCLUSION

Nous sommes d'avis que, bien plus que de « régler » quelque problème qui soit entourant le vaste débat sur la place de la religion dans la société et quant à son statut par rapport aux règles de droit, le Projet de loi n° 62 ne fera qu'envenimer le dossier. En imposant à la population québécoise un ensemble de règles en décalage avec sa tradition sociojuridique, non seulement le malaise créé par la crise des accommodements raisonnables ne s'amenuisera pas, mais nous anticipons au surplus une montée du mécontentement populaire ne laissant aucun gagnant dans l'équation.

D'abord, du point de vue de l'écrasante majorité de la population respectueuse de la norme de droit objective, il en résultera un sentiment -tout à fait justifié- d'injustice et d'incompréhension devant l'application d'une norme « deux poids, deux mesures ». Le Projet de loi n° 62 enverrait même un message de cautionnement étatique officielle de cette réalité – génératrice par définition d'inégalités.

Et ensuite, plus grave encore, se trouveront également les bénéficiaires de ces accommodements religieux au registre des dommages collatéraux causés par ce projet de loi. En effet, en favorisant la distanciation face à la norme commune, l'accommodement raisonnable au nom de la pratique religieuse favorise le refus d'adhésion au tissu social ; et partant, la non-intégration à la société québécoise d'un point de vue sociologique. Cela est profondément déplorable, lorsqu'on sait que le Québec est la société la plus inclusive et ouverte sur le monde de toute l'Amérique du Nord – mais qu'elle se fracture en autant de communautarismes depuis les dernières années à cause de l'accumulation d'échecs à se doter de son propre modèle d'intégration en accord avec sa réalité sociojuridique profonde, tout particulièrement à cause d'un référent judiciaire suprême qui trace ses racines dans une autre réalité sociale que celle du Québec. La même chose est également vraie en ce qui relève de la veillesse du Projet de loi n° 62 d'interdire les restrictions au port de symboles religieux au sein de l'appareil d'État et dans la sphère civique au sens large, contrevenant de manière frontale à la conception profondément laïque de la neutralité religieuse par les Québécois, pour préférer y imposer une vision séculière et anglo-canadienne du concept.

Le Projet de loi n° 62 nous apparaît être un pas de plus dans cette mauvaise direction.

À ce titre, notre recommandation principale serait de faire preuve de sagesse et **d'abandonner le Projet de loi n° 62.**

À défaut, si les rédacteurs du Projet de loi n° 62 cherchent malgré tout à imposer cette loi à la population québécoise, nous sommes d'avis que sa facture actuelle, légiférant par le non-dit, par l'interprétation et par l'absence, manque pathologiquement de transparence et doit impérativement, par souci de redevabilité démocratique être entièrement reformulé dans ses articles-clés que sont les articles 4, 7 et 9 (ainsi que dans ses notes explicatives). Les Québécois ont le droit de savoir ce vers quoi le Projet de loi n° 62 les dirige.

Ne serait-ce que pour mieux en comprendre la portée et mieux y réagir, tant civiquement que démocratiquement.