

Mémoire à l'Assemblée nationale

26 avril 2019

À l'occasion de la présentation du projet de loi 21 sur la laïcité par le ministre Simon Jolin-Barrette.

Ce Mémoire cherche à préciser trois notions en cause (droits de la personne, laïcité, disposition de dérogation) avant de se prononcer sur le projet de loi lui-même.

Guy Durand

Curriculum

-Théologien (D.Th.) et juriste (LL.L) spécialisé en éthique.

-Professeur émérite de l'Université de Montréal,

-Membre honoraire de la Faculté de Médecine.

-Directeur fondateur du Diplôme d'étude supérieure spécialisée en bioéthique (DESS).

-Ma carrière peut se diviser en trois parties :

. L'éthique chrétienne, à l'université et auprès des enseignants (formation continue);

. Puis la bioéthique, l'éthique médicale et infirmière;

. Et depuis ma retraite, l'éthique sociale et politique : rapport éthique et droit, déontologie, droits de la personne, laïcité, objection de conscience, etc.

-J'ai écrit une vingtaine de livres dont ceux-ci :

. *Introduction générale à la bioéthique: histoire, concepts et outils*, Montréal/Fides, Paris/Cerf, août 1999 (réédition 2005), 550 p.

. *Pour une éthique de la dissidence. Liberté de conscience, objection de conscience et désobéissance civile*, Liber, 2004, 151 pp.

. *Six études d'éthique et de philosophie du droit*, Liber, 2006, 154 pp.

. *La culture religieuse n'est pas la foi. Identité du Québec et laïcité*, Montréal, éditions des Oliviers, 2011, 148 p.

. *La désobéissance civile et nous. À l'école de Gandhi et Luther King*, Fides, 2013, 100 p.

I

Les droits de la personne

Conquêtes de la modernité, les «*droits de la personne*» ou les «*droits fondamentaux de la personne*» sont des plus importants aujourd’hui. Notion complexe, malgré les apparences, que l’on invoque parfois trop allègrement. Elle mérite en effort de clarification.

Disons, en gros, qu’ils sont un condensé d’éthique et de droit positif. Et qu’ils incluent aussi bien des droits individuels que des droits collectifs, comme il y a des valeurs individuelles et des valeurs sociales, des principes éthiques qui gouvernent la vie individuelle et d’autres la vie communautaire.

Les droits individuels

Suivant le sociologue Guy Rocher, il est important de distinguer trois sens de l’expression «droits de la personne»¹

1. Initialement, l’expression désigne l’ensemble des droits fondamentaux liés à la personne humaine du fait de son appartenance à l’humanité, l’ensemble des droits fondés sur la dignité et le respect de l’être humain en lui-même, de *tout l’humain* (corps, cœur et esprit) et de *tout humain* (au-delà des sexes, races, pays et religions), de *toutes les dimensions de l’humain* (individuelle et sociale). Il s’agit d’une notion d’ordre éthique, donc d’une instance critique fondamentale, d’un repère et d’une visée d’universalité (même si ce caractère n’est jamais définitivement atteint).

2. Avec l’inscription de ces droits dans les grandes chartes, comme les déclarations de l’ONU ou des autres organismes internationaux, on passe à une nouvelle conception des droits de la personne. Ceux-ci deviennent expressément des intermédiaires entre l’éthique et le droit positif, n’étant plus strictement de l’éthique puisque fondés sur le consensus et la signature des organismes concernés, mais n’étant pas encore du droit

¹ Parmi les nombreuses références signalées dans mon livre *Six études d’éthique et de philosophie du droit*, je pointe deux articles incontournables de Guy Rocher, «La bioéthique comme processus de régulation sociale: le point de vue d’un sociologue», dans *Bioéthique, méthodes et fondements*, dir. M.-H. Parizeau (Cahiers scientifiques de l’ACFAS, vol. 66), Montréal, 1989, p. 49-62; Idem, «Tensions et complémentarité entre droits individuels et droits collectifs», dans *Vers de nouveaux rapports entre l’éthique et le droit* (Cahiers de recherche éthique) 16 (1991) 209-221.

positif d'un État particulier. On peut dire qu'ils sont alors sources explicites et reconnues d'inspiration et de réflexion, même s'ils n'atteignent jamais la totalité et l'universalité désirées.

3. Le troisième sens de l'expression découle, en effet, de l'insertion des droits fondamentaux dans la constitution ou les lois de certains pays: les *droits de la personne* deviennent alors des droits légaux, juridiques au sens strict. Ils acquièrent alors une force coercitive nouvelle. Conséquence de cette *juridicisation* (de *juridique*), les droits deviennent *judicialisés* (de *judiciaire*), c'est-à-dire soumis à l'interprétation des tribunaux.

Pour beaucoup de personnes, les *droits de la personne* sont ceux inscrits dans les chartes et seulement ceux-là. Et leur signification est tributaire de ce que les juges décident. C'est une réduction malheureuse. 1) Car la compilation législative est toujours partielle, liée à la culture et l'évolution d'un pays ou groupes de pays et soumise aux jeux politiques. 2) Et l'interprétation des juges, malgré leur bonne foi, recèle toujours un biais personnel. D'autant plus, au Canada, que, à cause du multiculturalisme inscrit dans la Charte (art.27), les juges ont tendance à donner priorité aux droits personnels (notamment, la liberté de religion) sur les droits collectifs et sociaux.

Plus largement, le caractère universel des *droits de la personne*, comme celui des *valeurs* d'ailleurs, reste relatif. Même en Occident, la compréhension des premiers (les droits de la personne) et des seconds (les valeurs) a varié au cours des âges et est variable encore aujourd'hui. L'esclavage, par exemple, a été accepté par les philosophes grecs et romains anciens ... et des philosophes occidentaux, des siècles après eux, comme Voltaire au XVIII^e. Pensons à l'avortement jugé contraire à l'éthique par certains (toute vie est sacrée), mais accepté par d'autres (mon corps m'appartient); libre et gratuit dans certains pays et interdit dans d'autres. Pensons à la peine de mort acceptée ici et non là. Pensons encore au droit à l'éducation interprété diversement dans divers pays.

L'effort de vision universelle est cependant des plus importants. Et l'inscription de ces droits dans des Chartes, un pas toujours important. Car, par l'intermédiaire des *droits fondamentaux* reconnus, l'éthique élargit son influence sur le droit positif, et la vie sociale et politique. Et, malgré des limites, elle continue à interpeller la conscience humaine et éventuellement à inscrire dans la législation de nouveaux droits juridiques précis. .

Aucun de ces droits, dits fondamentaux, n'est cependant absolu. Ils admettent tous des «limites raisonnables dont la justification puisse se démontrer dans une société libre et démocratique», comme le déclare expressément l'article (1) de la Charte fédérale. Chaque droit doit être mis en rapport avec les droits des autres, le vivre ensemble, l'ordre public ou le bien commun, ce qui inclut l'histoire et l'identité du pays, ce que certains appellent les droits collectifs, les valeurs profondes d'un pays (même si certains n'aiment pas le mot), dont les Chartes hélas ne parlent pas ou trop peu.² Tout droit implique d'ailleurs un devoir, par exemple, une certaine discrétion, parfois une restriction, voire le devoir de s'intégrer à la société dont on fait partie.

On ne doit jamais oublier cependant le sens premier (éthique) des «droits de la personne» et y affecter toutes les exigences d'une réflexion d'ordre éthique.

Les droits collectifs

En plus des droits individuels, il existe des droits collectifs, même si on en parle moins souvent : droits de la majorité ou «droits historiques». Ceux-ci reposent sur des «valeurs communes» à une société, valeurs qui parfois s'opposent à celles de certains immigrants ou de certaines religions.

Dans les articles cités précédemment, faisant appel à l'histoire, Guy Rocher explique que les droits de la personne ne comprennent pas que les droits et libertés individuelles, et que la démocratie ne repose pas que sur eux : ils comprennent aussi des droits collectifs. Aussi, plutôt que de minimiser les droits collectifs, faut-il trouver un équilibre entre les deux familles de droits. Non pas un équilibre abstrait et immuable, mais plutôt un équilibre ajusté aux divers éléments des situations, de l'ordre du jugement prudentiel. D'où l'existence possible de conditions et de circonstances où des droits collectifs peuvent primer sur des droits individuels. Et l'attention aux droits collectifs s'impose d'autant plus aujourd'hui que la mentalité néo-libérale trône partout, affirme Rocher, et qu'elle a réussi à les *démoniser* en les identifiant «à l'intolérance et à l'oppression de la part de la majorité». Dans le contexte migratoire actuel, ils sont qualifiés par d'autres comme du racisme.

² L'article 27 de la Charte fédérale demande même aux Tribunaux de juger des droits de la personne dans le sens du multiculturalisme canadien.

L'équilibre entre les uns et les autres n'est pas facile à établir, cela n'élimine pas pour autant les droits collectifs. Et cela remet en cause une certaine conception du *multiculturalisme* canadien, sans qu'on ne parle de la «tyrannie de la majorité». En toute logique, il faut reconnaître d'ailleurs que déjà le Code criminel canadien et le Code civil du Québec sont basés sur certaines valeurs identitaires.

Pour être très concret et réaliste, notons en terminant par quelques exemples de limitations des droits individuels, courants dans notre société :

- Interdiction des crimes d'honneur, des mariages forcés et des mutilations sexuelles, même si certains prétendent que ces actes sont permis, voire demandés par le Coran;
- Interdiction de la polygamie, pratiquée dans une secte dissidente de Mormons (*Église de Jésus-Christ des Saints des derniers jours*) en Colombie-Britannique;
- Interdiction d'obtenir un permis de conduire si on refuse d'y mettre sa photo parce que sa religion interdit de se faire photographier;
- Refus d'instaurer des tribunaux islamiques, en Ontario;
- En l'absence de testament, partage de la succession de manière égalitaire entre les descendants masculins et féminins, même si la religion du défunt prescrit autre chose.
- Obligation de l'affichage commercial en français au Québec, alors que certains prétendaient que l'affichage dans la langue de son choix était un droit fondamental de la personne.
- Interdiction, reconnue par la Cour, du port du kirpan à l'Assemblée nationale du Québec.
- Obligation pour les écoles privées, même religieuses, de suivre le programme d'études du Ministère de l'Éducation;
- Interdiction à un groupe juif dans les Laurentides d'enfreindre des règlements municipaux au nom de leur religion.

II Notion de laïcité

Notons, au point de départ, qu'il n'y a pas de définition qui fasse l'unanimité. Chacune renvoie à l'histoire ou à l'idéologie, y compris dans les dictionnaires. «Derrière le même mot, affirment les auteurs du Rapport Stasi (Rapport présenté au président de la France en 2003), existent pourtant des différences d'approche qui en voilent la signification et la portée». La même affirmation est faite par le sociologue et historien français Émile Poulat dans un livre remarqué.³ Une grande attention est donc requise pour éviter les simplifications ou les mauvaises compréhensions.

Commençons par un énoncé clair. La *laïcité* n'est pas un *principe* ou une *valeur* au sens strict, mais *un mode de régulation des rapports entre État et Églises*, État et religions, qui est fondé sur... et, en même temps, permet le respect de plusieurs principes, valeurs ou droits fondamentaux.

Fondement et finalité de la laïcité

La laïcité est fondée (ou repose) sur le respect de diverses *valeurs*, divers *principes* ou *droits fondamentaux* – il y a différentes façons d'exprimer la même idée, renvoyant à des façons diverses de concevoir la morale ou l'éthique. Et, en même temps, elle vise le respect de ces droits, principes ou valeurs, c'est sa finalité, son objectif.

Les deux droits, valeurs ou principes auxquels on pense spontanément sont la liberté de conscience et de religion (incluant de manifester sa religion) ainsi que l'égalité des citoyens. Mais les droits, principes et valeurs doivent être mis en relation avec la dimension sociale de l'être humain, à savoir ici, avec l'histoire et l'identité du pays, les droits collectifs, historiques, ou les valeurs sociales, comme exposé précédemment.

Ceci dit, on donne souvent deux traits à la laïcité, il y aurait lieu d'en ajouter une troisième.

Deux traits essentiels de la laïcité

³ Émile Poulat, *Notre laïcité publique. La France est une République laïque*, Berg international, 2003, 415 p.

La laïcité est définie généralement par deux traits essentiels : la séparation de l'État et des Églises, et la neutralité de l'État à l'égard des religions. Commençons donc ainsi.

1. Elle renvoie d'abord à la **séparation** des Églises et de l'État ou encore, à l'**autonomie** de l'État face aux Églises et, vice versa, des Églises face à l'État.⁴ L'État est conçu comme distinct, indépendant des religions, libre à l'égard des autorités et des organisations religieuses, seul responsable de la poursuite de ses fins propres. En contrepartie, les Églises sont libres face à l'État, libres notamment de nommer leurs dirigeants, de définir leurs doctrines, de déterminer leurs rites.

2. Ce premier trait entraîne un second, plus ambigu: la **neutralité** de l'État face aux religions. Étymologiquement, le mot désigne l'impartialité de l'État vis-à-vis des diverses religions. L'État les traite toutes de manière identique, sans en privilégier aucune. Dans cette perspective, l'apparence de neutralité est tout aussi importante que la réalité elle-même. Concrètement, cependant, dans les faits, le mot admet des sens divers: anti-religieux, indifférent au religieux, tolérant et éventuellement accueillant les diverses religions selon des modalités et des degrés variés.

Troisième trait

L'attention à l'histoire et à ce qui se passe dans les autres pays, dont la France (voir l'encadré), nous amène à compléter la définition précédente de la laïcité par un troisième trait : **le respect de l'identité du pays** façonnée par l'histoire, voire la cohésion sociale, le respect de l'ordre public, le bien commun, les valeurs sociales⁵. On revient alors à l'autonomie du pouvoir politique, à sa responsabilité d'affirmer et de protéger cette identité, voire ici au Québec à respecter l'histoire et l'identité du pays dans lequel on vit. Éventuellement à proposer un modèle d'intégration des immigrants distinct du multiculturalisme canadien.

Ce qu'illustre longuement l'historien et sociologue français Émile Poulat dans son livre cité précédemment.

⁴ Émile Poulat préfère nettement le terme d'*autonomie* à celui de *neutralité*, à cause des divers modèles de laïcité existants.

⁵ Préambule et art. 56 de la Charte québécoise

Exemple de la France.

En **France**, la laïcité est inscrite dans les Constitutions de 1946 et de 1958. Les édifices religieux construits avant 1905 appartiennent à l'État ou à la municipalité, qui se chargent de leur entretien. La France subventionne, aussi, indirectement et moyennant quelques conditions, certains édifices religieux récents, comme le couvent dominicain de l'Arbrècle construit par LeCorbusier et la cathédrale d'Évry pour le musée incorporé. Le très officiel *Comité consultatif national d'Éthique pour les sciences de la vie et de la santé* (CCNE) comprend des représentants des diverses grandes familles philosophiques et religieuses. Le gouvernement vient de créer le *Conseil de l'Islam*.

Depuis le début du XXe siècle, les écoles publiques n'offrent pas d'enseignement religieux à l'heure, mais sont tenues de laisser vacant un jour par semaine pour permettre l'instruction religieuse par les Églises. La France admet d'ailleurs des aménagements divers dans son système public, dont la présence d'aumôneries dans certains lycées, ainsi que dans l'armée, les hôpitaux et les prisons.

En vertu d'un privilège historique, en Alsace-Moselle, les ministres du culte (catholiques, protestants et juifs) sont rétribués par l'État un peu comme les fonctionnaires. L'université publique de Strasbourg a une faculté de théologie catholique et une autre de théologie protestante. Il y subsiste aussi un enseignement religieux confessionnel obligatoire dans les écoles publiques, même si désormais celui-ci peut être remplacé par un cours de morale.

La France, enfin, subventionne des écoles confessionnelles privées à environ 90% des coûts. Et elle favorise les rapports de travail et d'amitié entre les universités d'État et les instituts catholiques.

Sur les signes religieux, je reviendrai plus loin.

Aucun droit n'est un absolu, je le répète. Il faut mettre chacun en perspective, le situer face aux droits des autres, et face au bien commun. La liberté de religion et de culte ne fait pas exception. Elle consiste dans le droit de croire et de pratiquer librement la religion de son choix, ou de rejeter toute religion, mais dans le respect de certaines règles. La *Charte des droits de la personne* signale à bon droit que les droits admettent tous «des limites raisonnables» dans une société démocratique. Ce que reprend le politologue Norman Spector : la Déclaration des droits, «n'a jamais été censée traiter aucun droit – y compris celui à l'égalité – comme un absolu». ⁶ Et ce qu'entérine explicitement la Cour suprême :

L'égalité nécessaire pour soutenir la liberté de religion n'exige pas que toutes les religions reçoivent un traitement identique. En fait, la véritable égalité peut fort bien exiger qu'elles soient traitées différemment. (Big M. Drug Mart, 1985, 1 R.C.S. 295, 347).

On aura compris que la laïcité n'est pas une notion univoque, mais bien analogique, qui admet des modèles variés, éventuellement aussi valables l'un que l'autre.

⁶ Chroniqueur politique au *Globe and Mail*, Norman Spector a été sous-ministre en Colombie-Britannique, secrétaire du cabinet fédéral aux relations fédérales-provinciales, directeur de cabinet du Premier ministre Brian Mulroney, ambassadeur du Canada en Israël. Voir son analyse dans le *Devoir*, 14-08-03..

III

La disposition de dérogation, légitimité et opportunité

La disposition de dérogation, inscrite aux articles 1 et 33 de la Charte fédérale, et 52 de la Charte québécoise, prévoit qu'un gouvernement peut soustraire d'avance une loi à la juridiction de la Cour. Elle est tout à fait démocratique et légitime dans une société comme la nôtre.

Cette disposition fait partie de l'équilibre des pouvoirs dans une saine démocratie et assure la suprématie du Parlement sur la Cour dans certaines circonstances. Diverses justifications le montrent.

Légitimité

Cette légitimité repose sur de nombreuses sources : jugements de Cour, politiciens, juristes, raisonnements.

1. J'emprunte la première justification à un énoncé de la *Cour suprême du Canada* dans son jugement sur la *Loi sur la possession de marijuana pour usage personnel*, en 2003. Dans la confrontation entre le Parlement et les tribunaux, explique le jugement, la *disposition de dérogation* assure, comme il se doit, la primauté du premier sur les seconds. Dans l'ensemble de la vie civique, notamment dans les conflits entre individus et dans l'évaluation de la responsabilité criminelle, les juges jouent un rôle indispensable. Il n'est pas question de minimiser leur rôle, ni leur compétence. Mais cela n'est pas nécessairement vrai pour les questions d'intérêt général, pour des sujets hautement délicats qui appellent une solution de sagesse politique plutôt que théorique (par exemple, connaissance précise du milieu, reconnaissance des droits collectifs, protection de la paix sociale, conséquences pour la société). Et la cour de conclure : «*Les députés sont élus pour prendre de telles décisions et ils ont accès à un plus large éventail de données, à un plus grand nombre de points de vue et à des moyens d'enquête plus souples que les tribunaux.*

Même attitude de la Cour suprême, en 2004, quand elle a débouté un groupe de parents de la Colombie-Britannique qui voulaient que leur gouvernement provincial soit tenu de payer les coûts d'un traitement pédiatrique pour leurs enfants autistiques. La Cour

a infirmé les jugements des tribunaux inférieurs en précisant que c'est au Gouvernement de la Colombie-Britannique (et non aux juges) de décider s'il doit ou non payer ces traitements coûteux (\$60 000 par année) même s'ils pouvaient donner d'excellents résultats. (*Le Devoir*, 21-11-2004)

2. La légitimité de la disposition de dérogation est appuyée par divers politiciens et juges. **Jean Chrétien**, qui avait pressé P.-É. Trudeau d'accepter l'article 33 (clause dérogatoire) en 1982, en a défendu la légitimité, sinon la nécessité pendant toute sa carrière. Lors de la course au leadership du Parti libéral en 1989, il a critiqué la politique de son parti en déclarant qu'«*il y a des situations où elle (la clause dérogatoire) est absolument nécessaire*».

Dans une entrevue au *Toronto Star* en août 1999, le juge en chef de la Cour suprême, **Antonio Lamer**, a déclaré à un journaliste que les législateurs pouvaient toujours contourner la Cour en utilisant la clause nonobstant qui assure «que les élus ont toujours le dernier mot, quand ils veulent l'avoir». (Entrevue à Edison Stewart, *Toronto Star*, 28-08-1999)

Dans une entrevue au *Devoir*, en 2002, la juge **Claire L'Heureux-Dubé** a déclaré que les législateurs pouvaient toujours contourner la Cour suprême en utilisant le «pouvoir de déroger» s'ils étaient en désaccord avec une décision de ladite Cour: aux parlementaires de faire d'abord leur travail, affirme-t-elle. Et la juge de continuer en déplorant que parfois ce sont les politiciens qui ne prennent pas leurs responsabilités en renvoyant les dossiers chauds à la Cour. (Rapporté par Josée Boileau, *Le Devoir*, 20-04-2002)

3. Plusieurs experts en droit partagent la même vision des choses. «Dans une démocratie, le tribunal est le forum le plus adapté à juger des litiges particuliers et le Parlement le plus apte à disposer des arbitrages généraux», affirme Louis Bernard (*Le Québec, la Charte et les autres*, dans *Le Devoir*, 05-01-1989).

Même affirmation par Henri Brun, «La clause dérogatoire et la paix sociale», dans *La Presse* 19-01-1989. Sur la légitimité du recours à la disposition de dérogation, on peut voir aussi le livre de Pierre Joncas, *Les accommodements raisonnables : entre Hérouxville et Outremont*, PUL, 2009, p. 71-74 et 108.

4. La disposition dérogatoire n'est pas, comme on le laisse parfois entendre, une reconnaissance du fait que la disposition législative en question contrevient aux droits garantis par la Charte. D'une part, elle ne contrevient pas à la Charte puisque l'article (33) fait partie de la Charte. D'autre part, elle ne contrevient pas nécessairement aux droits et libertés puisque ceux-ci ne sont pas des absolus, mais admettent des «limites raisonnables dans une société démocratique», comme le déclare expressément la Charte elle-même, ainsi que je l'ai expliqué précédemment. Le recours au «pouvoir de déroger» soustrait simplement une disposition législative à l'interprétation des tribunaux. Il donne une *interprétation d'un article de loi controversé* éventuellement différente de celle que donneraient les juges. Il substitue seulement une interprétation à un autre... dans un contexte particulier,

Ce pouvoir de «déroger» à certains droits consignés dans les Chartes des droits, affirme Henri Brun, n'est en fait que le pouvoir d'interpréter démocratiquement ces droits autrement que ne le fait ou pourrait le faire le pouvoir judiciaire. Il n'est rien d'autre que la faculté de revenir ultimement à la démocratie parlementaire comme moyen de déterminer ce qui est bon pour la collectivité!⁷

Et ce recours est d'autant plus légitime que la dérogation ne vaut que pour 5 ans, renouvelable. Ce qui oblige le législateur à réexaminer périodiquement la pertinence et la légitimité de la dérogation.

5. L'utilisation de la disposition de dérogation par les divers gouvernements a d'ailleurs été beaucoup plus fréquente qu'on ne le pense et reconnaît parfois. Plusieurs gouvernements de diverses provinces canadiennes y ont fait appel au cours des ans. Ce sont d'ailleurs les provinces de l'Ouest qui ont imposé son insertion dans la Charte en 1982.

Le gouvernement du Québec y eut recours encore davantage. Par exemple, René Lévesque y eut recours systématiquement pour protester contre le rapatriement unilatéral de la Constitution. Le Gouvernement libéral (sous Robert Bourassa, puis Claude Ryan) l'a utilisée à cinq reprises entre 1985 et 1988, notamment lors de l'adoption de la loi 178 sur l'interdiction de l'affichage commercial en anglais à l'extérieur des commerces. De nouveau, le Gouvernement du Parti québécois l'a utilisée en juin 2000, pour imposer l'*Enseignement moral et religieux* à titre d'option dans les écoles, recours suivi d'un

⁷ Henri Brun, déjà cité.

renouvellement pour 3 ans en juin 2005 par le Parti libéral. De manière plus générale, une étude de l'*Institut de recherche du Québec (IRQ)*, en 2016, révèle que de nombreux cas d'utilisation de la disposition dérogatoire furent justifiés au nom d'un enjeu identitaire ou social. Plus précisément, 11 lois sont liées à l'identité (langue, école et religions) et 22 à un objectif de progrès social (relève agricole, traitement équitable des détenus, égalité des personnes handicapées, sécurité juridique de retraités, accès à la justice, protection des enfants et des familles, compensation des femmes retraitées). Nous espérons vivement, concluent les auteurs, «que notre étude sonnera le glas du mythe selon lequel l'utilisation de la disposition dérogatoire serait un geste grave ne pouvant être posé que dans des circonstances exceptionnelles».

Malgré cette utilisation fréquente, le recours n'a été vraiment contesté qu'une fois, lorsque le Premier ministre Bourassa, en 1988, y a eu recours pour contester la décision de la Cour suprême sur l'affichage unilingue français au Québec.⁸

Opportunité

Le recours à la clause dérogatoire dans le projet de loi en question sur la laïcité est tout aussi opportun que légitime. Et cela ne concerne pas que le voile islamique, mais tout aussi le kirpan, le turban, la kippa juive, ainsi que la croix, la soutane, la cornette des religieuses catholiques. On parle peu de ces derniers signes religieux parce que les Catholiques du Québec se sont ajustés à la laïcité depuis longtemps.

1. Empêchant un éventuel recours aux tribunaux, le recours à la disposition de dérogation évite un prolongement déraisonnable du débat, voire une **période d'insécurité et de troubles** dommageable. Depuis le temps qu'on en **parle!** À un moment donné, le débat a assez duré, il est temps d'y mettre un terme.

2. On oppose parfois le fait ou l'idée que le problème se pose peu, voire inexistant, donc qu'on devrait attendre. Mais justement, vaut mieux **légiférer avant que le problème ne** devienne trop répandu. Déjà le recours à la clause des *droits acquis* (dite clause grand-père) est curieux, même s'il se justifie amplement.

3. Cette opportunité est encore **plus grande pour le Québec**, société distincte qui veut protéger ses pouvoirs et son identité propre. Cela est même une nécessité vitale dans

⁸ Signalé par Denise Bombardier, le *Journal de Montréal*, 5 avril 2019.

un Canada centralisé, où la Cour suprême exerce un pouvoir également centralisateur et a tendance à porter au paroxysme les droits individuels... comme la Charte lui en fait un devoir.⁹ C'est tout le problème du multiculturalisme canadien. De nombreux auteurs affirment cette légitimité particulière pour le Québec. Signalons seulement l'affirmation du professeur Henri Brun, alors doyen de la faculté de Droit de Laval et professeur de droit constitutionnel:

Ce choix [de recourir à la clause dérogatoire], qui est pour le moins légitime, l'est *a fortiori* pour une province qui représente une «société distincte» au sein d'une fédération dont le pouvoir judiciaire est extrêmement centralisé.¹⁰

La même affirmation sur la nécessité du pouvoir de dérogation pour le Québec a été faite par Claude Ryan, comme il a été rapporté dans *Le Soleil* (16-03-1990).

⁹ Sur la tendance centralisatrice de la Cour suprême, voir aussi José Woehrling, *Le Devoir* (26-11-1988) et plus encore un long article du juriste québécois Jacques Frémont et un livre de Michael Mandel, professeur de droit à Toronto, que je résume dans *Le pays dont je rêve*, p. 228-231.

¹⁰ Henri Brun, «La clause dérogatoire et la paix sociale», dans *La Presse* 19-01-1989. Même affirmation sur la nécessité du pouvoir de dérogation pour le Québec, faite par Claude Ryan, dans *Le Soleil* (16-03-1990). Sur la tendance centralisatrice de la Cour suprême, voir aussi José Woehrling, *Le Devoir* (26-11-1988) et plus encore un long article du juriste québécois Jacques Frémont et un livre de Michael Mandel, professeur de droit à Toronto, que je résume dans *Le pays dont je rêve*, p. 228-231. Sur la légitimité du recours à la clause nonobstant, on peut voir aussi le récent livre de Pierre Joncas, déjà cité, p. 71-74 et 108.

IV

Les signes religieux et patrimoniaux

Quant au contenu de la loi n° 21, à savoir l'interdiction de signes religieux à certaines personnes, il me semble globalement et profondément justifié par les réflexions qui précèdent. Je pense à l'idée centrale d'interdiction des signes religieux pour les hauts-fonctionnaires de l'État, et pour les personnes en situation d'autorité contraignante.

Relativiser le débat actuel

Mais pour bien situer le débat actuel et le relativiser, voire le *dé-démoniser*, je rappelle que de nombreux autres pays ont des règles similaires, et même parfois plus restrictives que le présent projet de loi. Je renvoie, en particulier, en appendice, à l'exemple de la France et de l'Italie pour illustrer que d'imposer certaines limites aux *droits de la personne* est une pratique courante et acceptée partout en Occident.

Le Canada, malgré l'affirmation des droits de la personne et la primauté donnée au multiculturalisme, admet lui-aussi des limites à la liberté religieuse. Il faut relire *les exemples donnés précédemment page 5*.

Finalement, les restrictions prévues ici ne suspendent pas le droit de croire, ni celui de pratiquer sa religion : il n'est question que du droit de l'afficher durant les heures de travail. De la même façon que l'on n'y affiche pas de signes politiques.

Justification générale du projet de loi

La laïcité ne fait pas disparaître l'importance de l'histoire du pays, sa culture et son identité. Dans cette perspective, je pense que le Québec doit rejeter le multiculturalisme au sens où l'entend le Premier ministre Justin Trudeau.

Oui, il y a au Canada, et surtout au Québec une culture particulière, dominante, qui évolue et s'enrichit des apports des nouveaux arrivants, mais qu'on a raison de vouloir conserver et développer, comme on veut préserver et développer la langue française. Culture et identité qui impliquent des valeurs fondamentales comme liberté, égalité, fraternité; et d'autres plus larges, comme respect de la vie, sécurité, civilité, entre-

aide, harmonie sociale, etc. Culture et identité qui impliquent aussi des coutumes et signes significatifs : un calendrier particulier (avec ses fêtes religieuses et congés fériés) et des signes extérieurs multiples (noms de villes, lacs, rues; monuments architecturaux; croix de chemin et crucifix dans certains édifices publics.

Mais j'insiste, pour le Québec, la primauté de la langue et la culture française. À protéger et favoriser. Et aussi une vision sociale-démocrate de la société.

Cagoule, voile intégral et kirpan

Je suis d'accord avec l'obligation de se découvrir le visage pour recevoir ou donner certains services de l'État, comme le reprend le projet de loi.

Personnellement, je pense que s'impose l'obligation d'avoir le visage découvert sur la place publique : voile intégral, cagoule, mouchoir (à moins d'une fête où les meneurs sont costumés mais dont l'identité est connue des policiers). Non pas au nom spécifique de la laïcité. Mais, de l'intégration, la convivialité, le vivre ensemble et la sécurité. Le foulard et la cagoule dans une manifestation publique peuvent facilement cacher une mauvaise intention. Les mêmes justifications s'appliquent pour l'interdiction du voile intégral, y compris la sécurité. (On a ri de Jean-François Lisé lorsqu'il a évoqué le motif de sécurité, mais le danger existe, même s'il semble minime : il s'est concrétisé dans d'autres pays). Et pour l'interdiction du voile intégral, on peut ajouter le motif d'égalité de l'homme et la femme, le voile intégral exprimant manifestement cette inégalité.

Le recours aux droits de la personne est totalement inapproprié ici : aucun n'est absolu; tous sont assujettis à certaines valeurs du pays. Tous sont corrélatifs de devoirs, dont le devoir de respecter le bon ordre, voire du devoir d'intégration au pays d'accueil.

J'ai la même réserve pour le port du kirpan, parce que, malgré son encadrement religieux, il s'agit d'une arme blanche... symbole explicite d'ailleurs du devoir de défendre sa religion. L'exemple des *Chevaliers de Colomb*, qui ne portent leur épée que dans les rencontres officielles, me semble exemplaire. Le kirpan, il faudrait au moins le dissimuler, comme la Cour suprême l'a exigé pour le jeune Sick qui tenait à le porter à l'école.

Mais je pense que ce sujet relève davantage des autorités fédérales.

Signes religieux patrimoniaux

Mise à part la question particulière du crucifix à l'Assemblée nationale, il me semble qu'il faut garder à tout prix l'ensemble des signes religieux particuliers au Québec, voire les signes religieux catholiques et autochtones.

1. Je pense d'abord au drapeau adopté le 21 janvier 1948, sous le même Premier ministre Duplessis, qui est composé de quatre fleurs de lys en mémoire des origines françaises du Québec et d'une croix blanche représentant la foi chrétienne. Je pense ensuite à nos armoiries adoptées le 9 décembre 1939, où les fleurs de lys (or sur fond bleu), symboles des rois de France, sont au nombre de trois en l'honneur de la Sainte Trinité (voir «Armoiries du Québec», dans l'encyclopédie *Wikipédia*)? Et garder l'hymne national *Ô Canada* qui évoque la croix, la foi, Dieu.

2. Je pense ensuite à toute une gamme de symboles publics moins officiels, mais tout aussi importants : décorations architecturales; noms des villes, rues, lacs, rivières; croix de chemin; et même des crucifix et statues dans des lieux, y compris des hôtels de ville et palais de justice.

Concernant le crucifix à l'Assemblée nationale, le journaliste Pierre Foglia avait fait ce commentaire qui garde une grande pertinence générale. «Je défends la présence de ces crucifix (sur les murs des écoles et de l'Assemblée nationale) en n'en faisant pas une affaire de principe, de religion, de droit, mais comment dire? De sensibilité. D'urbanité. Bien sûr qu'ils sont incongrus dans un espace civique, mais on ne parle pas d'en mettre, ils sont là, il y a de la provocation à vouloir les décrocher, il y a un peu là-dedans du taliban qui fait sauter les bouddhas de Bamiyan. Peut-être y a-t-il dans ce débat, en plus de la voix du bon droit, celle du citoyen ordinaire qui ne fait pas chier son voisin quand ce n'est pas absolument nécessaire». (*La Presse*, 2 oct. 2007)

On critique tout cela parfois parce que relent d'un passé religieux contraignant. Mais, comme l'écrit Dominique Lavoie, «il [ce lien au passé] représente aussi le courage de nos ancêtres qui ont bâti ce pays, à coups de hache, de charité (qu'est-ce que ce mot?) et de privation. De plus de privations que n'importe qui aujourd'hui n'en pourrait supporter. Il représentait, pour la vaste majorité d'entre eux, l'unique rempart vers une vie qu'ils espéraient meilleure, pour eux, sinon pour nous» (*Le Devoir*, 10 octobre 2013).

Plus globalement, comme l'écrit Mathieu Bock-Coté, le crucifix constitue un symbole de continuité historique, «un simple rappel, au cœur de nos institutions, de notre vieux passé canadien-français qu'on a tendance à réduire à une grande noirceur». Il rappelle aussi, par ailleurs, «notre inscription dans l'histoire de la civilisation occidentale. Ce message est capital pour les communautés issues de l'immigration qui doivent savoir dans quel monde elles évolueront» (*Le Journal de Montréal*, 24 oct. 2018).

En pensant au jugement du Conseil d'État italien, qui a justifié la présence du crucifix dans les écoles publiques italiennes, on peut rêver à ce que seraient les débats dans les diverses assemblées du Québec si les élus pensaient quelquefois aux valeurs fondamentales qui animaient cet homme crucifié... comme ils peuvent être inspirés par des représentations de Gandhi, Luther King, Nelson Mandela, Malala Yousafzai.

Pour aider à décider de cas compliqués, une règle concrète émise par le ministère de la Justice, il y a quelques années, garde sa pertinence : l'aménagement de nouveaux palais de justice exclut la présence de crucifix, mais le retrait de ceux existant dans les immeubles anciens se fait uniquement à l'occasion d'un réaménagement ou d'une rénovation majeure.¹¹

Recherche de consensus

On peut discuter de la pertinence de certains choix faits dans le projet de loi 21, le plus important, à mon avis, est de régler la question assez rapidement et de viser un consensus le plus large possible.

On pourrait revoir la liste des personnes signalée dans les Annexes. Certaines fonctions comme policier, gardien de prison, hauts dirigeants de l'Assemblée nationale, juge, avocat de la Couronne... me semblent des choix évidents. Mais il y a certaines personnes nommées dont je ne vois pas trop de qui il s'agit. Est-ce que le port d'un uniforme pourrait être un critère utile?

Je salue l'ajout de la clause *des droits acquis*. Je souscris à l'ouverture faite par le ministre pour certains enseignants étudiants.

¹¹ Cité par la *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, dans *Les symboles et les rituels religieux*, p. 14.

Peut-être pourrait-on restreindre la liste des enseignants ou en ne gardant l'interdiction que pour les enseignants de maternelle et du primaire où les enfants sont plus influençables?

Pour éviter une contestation juridique, il me semble essentiel de recourir immédiatement à la clause dérogatoire. Ce qui est tout à fait légitime, comme je l'ai montré précédemment.

Et, afin de donner au projet actuel plus d'autorité, il est essentiel aussi d'inclure la mention de la laïcité dans la Charte québécoise. Et il y aurait lieu d'inclure qu'un changement à la Charte ne peut se faire qu'au 2/3 des voix de l'AN, comme le Gouvernement vient de voter pour le choix de certains officiers supérieurs du Québec.

Appendice

Regard sur la France et l'Italie

Plutôt que de décrire sommairement ce qui se passe dans divers pays, je me limite, avec plus de détails, à la France et, secondairement l'Italie. À commencer par la France, pays de la liberté et des droits fondamentaux par excellence.

En France, l'idée de laïcité est déjà présente dans les luttes de pouvoir du roi Philippe le Bel au XIII^e siècle pour s'émanciper de l'autorité de l'Église romaine. Elle inspire ensuite la politique française pendant des siècles, jusqu'à la Révolution où elle culmine dans la *Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen* de 1789, la *Constitution civile du clergé* en 1790, et la laïcisation de l'état civil et du mariage en 1792.

Avec le **Concordat de 1802**, débute une période de stabilisation politique où l'État valorise les cultes. Progressivement, cependant, l'Église et la République s'affrontent de nouveau dans ce qu'on a appelé «le conflit des deux France». Le combat pour la laïcité reprend, puis se concentre autour de l'école, en particulier à la fin du XIX^e siècle, sous l'action de Jules Ferry, puis d'Émile Combes, jusqu'au renvoi des religieux/ses hors de l'école, à l'exclusion des congrégations autorisées, et à la **Loi de séparation de 1905**.

Le débat sur l'école laïque s'est poursuivi postérieurement, ponctué par l'inscription officielle de la laïcité, de manière non polémique, dans la **Constitution de 1946** et dans celle **de 1958**.

Mais les débats ont continué parfois très acerbes. De nombreuses Commissions d'études ont été créées, des Rapports volumineux soumis, souvent sans suite. Je reprends seulement quelques points de la législation actuelle.

- Depuis 1959, les écoles privés confessionnels sous contrat (en fait presque toutes catholiques) sont financées, à environ 90% des coûts.

- Les choses se bousculent au début du XX^e siècle, sous la présidence de Jacques Chirac. Pressé d'intervenir dans le débat public sur le port de signes religieux par les agents des services publics, le **Conseil d'État** décrète clairement, dans un avis du 3 mai 2000, «que le principe de laïcité s'opposait à ce que les agents du service public de l'enseignement jouissent du droit de manifester leurs croyances religieuses. Ils sont titulaires de la liberté de religion, mais pas de celle de la manifester. Le port des signes religieux leur est donc interdit.» (*Journal officiel*, 23 juin 2000, p. 9471)

- Dans les écoles en France, depuis 2004, il est interdit aux élèves du primaire et du secondaire « de porter les signes manifestant ostensiblement son appartenance à une religion ». Les articles interdits par cette loi sont « le voile islamique, quel que soit le nom qu'on lui donne, la kippa juive, ou une croix de taille manifestement excessive ». La loi ne remet pas en cause le droit des élèves de porter des signes religieux discrets. Elle ne touche pas les parents d'élèves qui viennent à l'école, ni les étudiants adultes.

Contestée devant la *Cour européenne des droits de l'homme* par divers étudiants, la loi fut reconnue légitime en 2008 et une autre fois en 2009. Elle a cependant été critiquée par le *Comité des droits de l'homme* de l'ONU en novembre 2012.

- En 2007, interdiction du port de signes religieux aux fonctionnaires et agents de l'État.

- Depuis avril 2011, il est interdit la dissimulation du visage dans les lieux publics. La loi a été adoptée dans un contexte marqué par un vif débat sur la place du voile intégral, en particulier le niqab, dans l'espace public, notamment la rue et les établissements ouverts au public. Contestée en justice jusque devant la *Cour européenne des droits de l'homme*, la loi est jugée conforme aux droits de l'homme.

- Depuis 2017, il est possible d'interdire le port de signes religieux ou politiques ostensibles dans les entreprises, sous condition que le poste prévoit un contact avec des clients, et que la neutralité figure dans le règlement intérieur de l'entreprise.

En Italie, je signale la controverse sur le crucifix dans les écoles publiques. Contestée par certains parents, en mars 2005, le *Tribunal administratif italien* rejeta la requête des parents qui contestaient la présence du crucifix dans les écoles publiques. Il estima notamment que, quoique le crucifix soit un symbole religieux, il est également un symbole historico-culturel, pourvu à ce titre d'une « valeur identitaire » pour le peuple italien en ce qu'il « représente d'une certaine manière le parcours historique et culturel caractéristique de [l'Italie] et en général de l'Europe tout entière... ». Il retint en outre que le crucifix devait aussi être considéré comme un symbole d'un système de valeurs qui innervent la Charte constitutionnelle italienne.

Saisi de l'affaire, le *Conseil d'État* italien confirma globalement ce jugement en avril 2006. Il précisa, de plus, qu'il faut y voir un symbole capable de refléter les sources remarquables des valeurs civiles susmentionnées, valeurs qui définissent la laïcité dans l'ordre juridique actuel de l'État.

Le litige fut porté devant la *Commission européenne des droits de l'homme*. Celle-ci conclut en sens contraire, en nov. 2009, soit à la violation de la Charte, et donna raison aux parents.

Mais la *Grande Chambre* de la *Commission européenne des droits de l'homme*, la plus haute instance judiciaire du Conseil de l'Europe, renversa ce jugement en mars 2011 et rejeta la requête des parents. Dans le cadre de cette procédure, 33 membres du *Parlement européen* et 10 pays, dont la Russie, sont intervenus pour soutenir l'Italie. Effectivement, le crucifix est présent dans les écoles publiques de plusieurs pays européens.

Guy Durand