

Droit et religion

Concepts de religion dans le droit Étude éclectique des approches juridiques à la définition et au droit à la liberté de religion*

Louis-Philippe RAYNAULT-OLLU

LL.M. (UCLA), LL.B. (Montréal)

Giacomo ZUCCHI

J.D. (Montréal), B.A. (McGill), LL.B. (Montréal)

Décédé le 19 mai dernier, le Professeur François Chevette a laissé derrière lui les traces d'une vie qui a marqué et guidé tous ceux qui ont eu le privilège de le côtoyer. Passionné, bon vivant, et parfois un rien cabotin, François ne laissait personne indifférent. Plus d'un étudiant fut surpris par la facilité d'approche et l'énergie avec laquelle cet homme d'envergure les a accompagnés et aidés tout au long de leur cheminement. Pour nous et pour tant d'autres, pouvoir compter parmi ses amis était chose facile, tant François s'intéressait réellement à ceux qui le rencontraient.

François, comment pourrions-nous oublier ces petits détails qui nous fascinaient tant chez vous, ces verres de gin que vous remplissiez si souvent, ces cigarettes que vous ne fumiez plus, mais dont vous humiez l'odeur avec nostalgie, de ces discussions sérieuses qui finissaient toujours par une anecdote loufoque, de l'armée de livres qui tapissaient vos murs... Ces lignes ne font qu'effleurer l'admirable personne que vous étiez ainsi que la gratitude que nous avons pour vous. Reposez en paix. (L.-P. R.-O. & G. Z.)

* Les auteurs tiennent à remercier Monsieur le professeur François Chevette pour son soutien indispensable et ses conseils éclairés. Les auteurs ont conçu et rédigé l'essentiel de ce texte au cours de leur deuxième année de droit.

En septembre 1996, M. Amselem, juif orthodoxe montréalais, installait une «souccah» sur son balcon pour se conformer à ses obligations religieuses à l'occasion de la fête de Souccoth. Or, toute construction sur son balcon lui était interdite en vertu du contrat de copropriété auquel il avait adhéré. Cette situation, d'apparence banale, implique pourtant l'opposition de deux normes juridiques fondamentales. D'une part, M. Amselem se doit de respecter l'entente à laquelle il a adhéré librement. D'autre part, il bénéficie d'une protection constitutionnelle lui garantissant la liberté de pratiquer sa religion. En France, un cas en tout point similaire, qui concernait incidemment un dénommé Amsellem, s'est également posé. Les jugements de la Cour suprême du Canada¹ et de la Cour de cassation de France² en sont cependant arrivés à deux résultats diamétralement opposés. L'une souligne la suprématie du droit à la liberté de religion, l'autre fait primer le respect de l'accord de volontés entre les deux parties. Si ce contraste peut en partie être attribué aux influences de leurs traditions juridiques respectives, il relève plus précisément, à notre avis, des différentes approches qu'ont les tribunaux à l'égard de la religion. Cette étude vise à offrir au lecteur un aperçu de l'état des lieux concernant ces conceptions juridiques.

Le point de départ de toute démarche analytique suppose une définition de l'objet étudié. Cet article examinera donc, dans un premier temps, les multiples approches qu'ont choisies les tribunaux afin de définir la religion subs-

tantiellement. Cette analyse s'étendra également au traitement accordé à la religion par les tribunaux puisque celui-ci laisse souvent transparaître une conception implicite de la notion de religion qui contribue à préciser sa définition. La seconde partie de cet article fera état de l'étendue du droit à la liberté de religion dans les juridictions à l'étude, ainsi que l'examen des diverses justifications émises par la législation et les tribunaux pour limiter ce droit.

I. Définir la religion

Qu'il s'agisse du législateur ou des tribunaux, les États seront toujours hésitants à définir certaines notions fondamentales lorsqu'elles sont vagues et évolutives. Par ailleurs, il est parfois difficile, voire impossible, de juger d'une affaire en n'ayant aucune balise ni indication sur la teneur d'un concept ou d'une notion, ce qui astreint les juges, souvent malgré eux, à définir ce que l'on pourrait parfois qualifier d'indéfinissable. La recherche d'une définition du terme « religion » illustre cette difficulté.

Dans l'analyse du concept de religion, il importe d'effectuer une distinction souvent négligée par la jurisprudence et la doctrine. La définition substantielle et le traitement juridique de la religion sont deux aspects qui viennent délimiter le concept de religion, et qui ne devraient pas être confondus. Le premier indique l'essence même de ce qu'est une religion, et détermine son contenu en énumérant ses caractéristiques. Dans la mesure où une telle définition aura nécessairement un impact majeur sur les droits des justiciables, ainsi que sur les obligations de l'État, les tribunaux seront réticents à en donner une portée exhaustive. Quant

¹ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551.

² Civ. 3^e, 8 juin 2006, *Bull. civ.* III, n^o 140.

au traitement juridique de la religion, il s'agit plutôt d'une série de critères ou d'exigences énoncés par les tribunaux, dont l'objet sera de déterminer si un fait en cause entre dans la sphère du droit à la liberté de religion. Ainsi, dans la recherche d'une définition juridique du concept de religion, il appert que la définition substantielle et le traitement juridique sont indissociables, puisque l'un complète l'autre, ou est conçu à son image. Dans cette optique, ces deux prismes remplissent donc la même fonction. Ils devront cependant être distingués puisqu'ils ne sont pas de même nature, l'un étant abstrait, l'autre visant une application concrète du concept dans le cadre du droit à la liberté de religion. Comme nous le verrons, tant la teneur du traitement juridique de la religion que le contenu des définitions substantielles présenteront d'importantes variations selon la juridiction, ce qui, conséquemment, aura un effet important sur la manière dont sont traitées les questions liées à la religion.

A. Définition substantielle

Le sens juridique du mot « religion » a subi d'importantes transformations au cours des siècles. En 1890, dans *Davis v. Beason*, la Cour suprême des États-Unis proposait une définition classique du concept de religion : « The term 'religion' has reference to one's views of his religion to his Creator, and to the obligation they impose of reverence for his being and character, and of obedience to his will [...] »³. Il s'agit d'une définition qui restreint la portée de ce terme puisqu'elle exclut les religions polythéistes et non

³ *Davis v. Beason*, 133 U.S. 333, 343 (1890).

théistes, ainsi que toute conception personnelle de la religion. Inévitablement, cette définition avait pour effet de limiter l'application du droit à la liberté de religion. Aujourd'hui, l'idée que chaque individu a sa propre manière de s'accomplir spirituellement sans se conformer à un modèle imposé par la société, ou par une autorité religieuse ou politique, s'est substituée à la conception classique de la religion⁴. Comme l'affirmait déjà le juge en chef Latham de la Haute Cour d'Australie en 1943, « [I]t is not an exaggeration to say that each person chooses the content of his own religion »⁵. Considérant la complexité de délimiter substantiellement la religion, et les impacts qu'une telle définition pourrait impliquer, les tribunaux ont toujours été réticents à le faire, même s'il existe quelques tentatives de cette nature.

1. Exemples de définitions substantielles

a. L'absence d'une volonté de définir : l'exemple français

Dans certaines juridictions, il n'existe pour ainsi dire aucune définition légale ou jurisprudentielle du concept. C'est le cas de la France, où le fait de se demander si un ensemble de pratiques ou de croyances constitue une religion, est une question « dépourvu[e] en l'espèce de

⁴ Charles TAYLOR, *Varieties of Religion Today: William James Revisited*, Cambridge, Harvard University Press, 2002, p. 83.

⁵ *Adelaide Company of Jehova's Witnesses v. Commonwealth*, (1943) 67 CLR 116, 124 (j. Latham).

toute portée juridique»⁶. Cela équivaut à dire que la recherche d'une définition de ce concept ne relève pas du rôle des tribunaux. Cette approche restrictive de la religion s'explique par le principe de laïcité, duquel découle le principe de la neutralité de l'État et de l'unicité du peuple français. Déjà, en 1905, l'article second de la *Loi de séparation des Églises et de l'État*⁷ signalait la volonté de l'État de ne reconnaître aucune religion. Ensuite, comme l'indique le Conseil constitutionnel, les principes fondamentaux de l'article premier de la *Constitution de 1958*⁸ «s'opposent à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque

groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance»⁹. Cela explique en partie la réticence qu'ont les tribunaux, par souci de neutralité, de s'ingérer dans les questions religieuses.

Toutefois, selon un arrêt de la Cour d'appel de Lyon¹⁰, la religion pourrait s'entendre par la coexistence de deux éléments, l'un objectif et l'autre subjectif: (1) l'existence d'une communauté et (2) d'une foi commune. C'est ce qui permet par exemple à la Cour de déterminer que la Scientologie est une religion, et d'éviter de faire la distinction entre une secte et une religion¹¹. Il s'agit de la seule définition à caractère substantiel du concept de religion qu'il est possible d'observer dans la jurisprudence française, bien que celle-ci ait finalement été censurée par la Cour de cassation¹². Comme nous le verrons, l'absence de définition du concept de religion sera suppléée par une déduction *a contrario* de la définition de secte.

Il existe néanmoins quelques pistes dans la doctrine française, même si celles-ci sont généralement rares et peu développées. Selon Léon Duguit, la religion serait à la fois un fait social, car elle est le «produit des actions réciproques que les individus exercent les uns sur les autres»¹³, et un fait individuel, dans la mesure où elle «a pour support la conscience et la volonté de l'individu»¹⁴,

⁶ Cass. crim. 30 juin 1999, D. 2000, n° 1, 655.

⁷ *Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État*, J.O. 11 déc. 1905, p. 7205, art. 2:

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

Les établissements publics du culte sont supprimés, sous réserve des dispositions énoncées à l'article 3».

⁸ *Constitution du 4 octobre 1958*, art. 1: «La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée».

⁹ Cons. const. 15 juin. 1999, D. 99. 412, *Rec.Cons.const.*, p. 71.

¹⁰ Lyon, 28 juill.1998, J.C.P. 1998.337, note M.R.

¹¹ *Id.*

¹² Crim. 30 juin 1999, préc., note 6.

¹³ Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, De Boccard, 1925, p. 454.

¹⁴ *Id.*

et serait constituée par « la croyance et le rite »¹⁵. Jean Carbonnier estime, pour sa part, que la religion serait plutôt une collectivité d'êtres humains liés par diverses croyances et dogmes¹⁶. Il est également possible de trouver une définition de culte ou d'« activité culturelle » très proche de ce que l'on pourrait entendre par religion dans le texte d'André Vitu. Selon cet auteur, le culte serait « l'hommage rendu à Dieu, ou à des êtres regardés comme divins [...], et se traduisant par un ensemble d'exigences et de pratiques [...] qui réunissent les fidèles d'une même religion »¹⁷. Enfin, avec égard pour l'opinion d'Yves Madiot selon laquelle les juges français définiraient la religion comme étant une « relation intime entre une personne et un dieu ou une divinité »¹⁸, rien n'indique l'adoption par les tribunaux de l'une ou l'autre de ces définitions.

b. Un tribunal limité par sa nature supranationale : la C.E.D.H.

La nature supranationale de la Cour européenne des droits de l'homme représente un obstacle inhérent à la prise de position dans une multitude de domaines, comme c'est le cas en matière de religion. En d'autres termes, selon le professeur Gérard Cohen-Jonathan, « les organes de la Convention [européenne des droits de l'homme] n'ont pas la com-

pétence pour définir la religion »¹⁹. De plus, la Cour est d'avis qu'elle n'a pas à se demander si un ensemble de croyances et de rites constitue une religion, mais doit plutôt se référer à la position des États membres²⁰. Il demeure malgré tout possible de relever certains indices fragmentaires d'une définition substantielle dans la jurisprudence de la Cour. Une telle définition de la religion doit être suffisamment large afin de pouvoir inclure bien davantage que les religions les plus reconnues²¹. Toutefois, elle ne doit pas être large à un point tel qu'il serait possible de reconnaître une religion non identifiable²².

¹⁵ *Id.*, p. 455.

¹⁶ Jean CARBONNIER, D. 1969, n° 2, 368-370.

¹⁷ André VITU, *J.-Cl. Pénal*, Annexes, v° Cultes, p. 2, art. 2.

¹⁸ Yves MADIOT, « Le juge et la laïcité », (1995) 75 *Pouvoirs: Revue française d'études constitutionnelles et politiques* 75.

¹⁹ Gérard COHEN-JONATHAN, *La convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Economica, 1989, p. 482; Voir aussi: Jean-François RENUCCI, *L'article 9 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, La liberté de pensée, de conscience et de religion*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2004, p. 16.

²⁰ *Case of Kimlya and others v. Russia*, n° 76836/01 and n° 32782/03, ECHR 2009, par. 79; *Church of Scientology Moscow v. Russia*, n° 18147/02, § 64, 5 April 2007, par. 65.

²¹ J.-F. RENUCCI, préc., note 19, p. 16.

²² *X c. Royaume Uni*, n° 7291/75, 4 octobre 1977: Décision de la Commission européenne des droits de l'homme où il était question de savoir si l'on avait violé le droit à la liberté de religion d'un prisonnier, qui se disait adepte de la religion du « Wicca », en ne lui permettant pas d'établir des contacts avec ses coreligionnaires. La Commission a jugé que le requérant n'avait exposé aucun fait permettant de prouver l'existence de cette soi-disant religion.

c. L'évolution d'une définition en droit américain

Dans leur jurisprudence concernant la religion, les tribunaux américains ont été restreints par le premier amendement à la Constitution des États-Unis qui interdit à l'État d'établir une religion nationale (*Establishment Clause*), ainsi que de promulguer des lois qui limiteraient la pratique religieuse (*Free Exercise Clause*). Les jugements américains sont donc généralement empreints d'un souci important de neutralité, non seulement à l'égard des religions, mais aussi à l'égard des non-croyants puisque toute législation concernant la religion est susceptible de compromettre l'impartialité de l'État. À titre d'exemple, un juge a même été d'avis qu'une disposition qui exemptait les individus s'opposant au service militaire pour des motifs religieux était contraire à l'*Establishment Clause* puisque l'État aurait alors un parti pris envers ceux qui ont des croyances religieuses plutôt que des considérations d'ordre exclusivement moral²³. La contrainte que représente le premier amendement a ainsi abouti à de timides tentatives de définir substantiellement la religion.

Alors qu'à la fin du XIX^e siècle la définition substantielle proposée par la Cour suprême dans *Davis v. Beason* semblait tout à fait claire, celle-ci fut par la suite remplacée par une série de critères, que l'on peut déduire de la jurisprudence, ayant eu pour effet d'inclure les religions autrement exclues par l'ancienne définition. En effet, en 1961, la Cour précise dans une note de bas de page qu'il

existe des religions dont les croyances ne reposent pas sur Dieu, comme le Bouddhisme, le Taoïsme, la culture éthique et l'humanisme athée²⁴. Ensuite, en 1965, la Cour s'appuie sur les écrits du théologien Paul Tillich pour affirmer qu'une croyance en une «source of your being, of your ultimate concern, of what you take seriously without any reservation»²⁵, équivaut à une croyance en Dieu. En outre, pour être de nature religieuse, une croyance doit reposer sur la moralité, l'éthique ou des principes religieux, plutôt que sur des considérations pragmatiques, politiques, ou de convenance²⁶. Elle doit être «comprehensive», c'est-à-dire qu'elle doit fournir des réponses à des questions fondamentales de l'existence comme celles qui portent sur la nature du monde et de l'être humain, et sur la voie vers le bonheur²⁷. En d'autres termes, cette croyance ne peut se fonder uniquement sur des faits particuliers, mais doit véritablement faire transparaître une conception fondamentale de la réalité. Ainsi, du point de vue substantiel, la Cour suprême des États-Unis a donc élargi la définition de religion qui avait été retenue dans *Davis v. Beason* en y incluant les pratiques religieuses non théistes ainsi qu'en réduisant la distinction entre la morale et la religion.

²³ *Welsh v. United States*, 398 U.S. 333 (1970) (j. Harlan).

²⁴ *Torcaso v. Watkins*, 367 U.S. 488 (1961), sous la note 11.

²⁵ *United States v. Seeger*, 38 U.S. 163, 168 (1965).

²⁶ *Welsh v. United States*, préc., note 23.

²⁷ *Malnak v. Yogi*, 592 F.2d 197 (3rd Cir. 1979).

d. L'exception canadienne : une véritable définition substantielle

La Cour suprême du Canada fait figure d'exception, puisque même si elle reconnaît les difficultés inhérentes à une telle entreprise²⁸, et admet que l'État doit agir avec circonspection lorsqu'il est question de religion²⁹, elle a toutefois développé une définition substantielle nettement plus détaillée que les autres juridictions à l'étude. Selon la Cour, une telle approche se justifie par le fait que «seules sont protégées par la garantie relative à la liberté de religion les croyances, convictions et pratiques tirant leur source d'une religion, par opposition à celles qui soit possèdent une source séculière ou sociale, soit sont une manifestation de la conscience de l'intéressé»³⁰. Cette définition est donc utile afin de distinguer la religion de tout autre phénomène protégé par la *Charte canadienne des droits et libertés*³¹.

La Cour suprême du Canada a défini la religion en ces termes généraux :

«Une religion s'entend typiquement d'un système particulier et complet de dogmes et de pratiques. En outre, une religion comporte généralement une croyance dans l'existence d'une puissance divine, surhumaine ou dominante. Essentiellement, la religion s'entend de profondes croyances ou convictions volontaires, qui se rattachent à la foi

spirituelle de l'individu et qui sont intégralement liées à la façon dont celui-ci se définit et s'épanouit spirituellement, et les pratiques de cette religion permettent à l'individu de communiquer avec l'être divin ou avec le sujet ou l'objet de cette foi spirituelle.»³²

Bien qu'exprimée dans des termes larges, il est possible de retirer quatre principaux éléments de cette définition. Premièrement, il doit s'agir d'un système particulier de dogmes et de pratiques. La croyance étudiée doit donc comprendre une structure minimale, identifiable, et doit englober une perspective particulière sur l'existence. Deuxièmement, la foi en un être supérieur ou divin n'est pas nécessaire pour que la Cour reconnaisse en cette croyance ou philosophie la qualité de religion. Il s'ensuit de cette caractéristique que le bouddhisme et l'hindouisme n'auraient aucune difficulté à être qualifiés de religions. Ensuite, la religion doit avoir un lien indissociable avec l'individu, car c'est par celle-ci qu'il se définit et s'épanouit. Finalement, les pratiques qui s'y rattachent permettent à l'individu de maintenir et d'affirmer ce lien déterminant dans sa vie. Il s'agit donc d'une définition large, mais empreinte d'une certaine richesse d'un point de vue substantiel.

Il faut cependant noter que, bien que la majorité ait produit une définition détaillée du concept de religion, le juge Bastarache, en rendant ses motifs pour les juges Lebel et Deschamps, s'est contenté de définir la religion comme un «système de croyances et de pratiques basées sur certains préceptes religieux»³³.

²⁸ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 1, par. 39.

²⁹ *Id.*, par. 55.

³⁰ *Id.*, par. 39.

³¹ *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.)].

³² *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 1, par. 39 (nos soulignés).

³³ *Id.*, par. 135.

Dans une deuxième dissidence, le juge Binnie a plutôt soutenu que le droit n'a pas développé une définition générale qui s'applique dans tous les cas³⁴. En fait, pour le juge Binnie, la définition de religion peut varier selon le contexte dans lequel le droit à la liberté de religion se doit d'être appliqué³⁵.

2. Les tentatives pour suppléer à l'absence d'une définition substantielle

Comme l'a mentionné la Cour suprême du Canada, une définition du concept de religion est souvent nécessaire afin de déterminer si le droit à la liberté de religion est concerné dans un cas donné³⁶. C'est d'ailleurs pour cette raison que la Cour suprême a opté pour une définition substantielle explicite. Étant donné que les autres juridictions à l'étude n'ont pas retenu cette solution, il faut se demander comment elles ont procédé pour pallier ce manque de caractérisation.

a. En France: une définition *a contrario*

En France, c'est la « neutralité négative »³⁷ de l'État envers la religion qui explique en grande partie l'absence d'une réelle définition. En vertu de cette neutra-

lité, l'État ne prend pas partie, « à la fois parce qu'il [...] est indifférent philosophiquement et parce qu'il est juridiquement incapable en matière religieuse »³⁸. C'est donc par la porte arrière que les tribunaux français ont introduit une définition de la religion, en optant pour une déduction *a contrario* de la définition de secte. Selon la chambre correctionnelle de la Cour d'appel de Douai, une secte s'entend par « tout groupement de personnes qui partagent une foi commune, sans que, pour autant, pour des raisons plus variées, le reste du corps social lui reconnaisse la qualité de religion »³⁹. La Cour de cassation est allée dans le même sens en qualifiant les sectes de « la dénomination habituelle des groupes minoritaires »⁴⁰. Aux yeux du juge français, c'est donc la marginalité ainsi que le caractère pernicieux⁴¹ d'un groupe qui sont les éléments centraux pour déterminer s'il est en présence d'une secte, plutôt que d'une religion. Il nous est donc possible de définir la religion comme ayant les caractéristiques suivantes: une communauté de fidèles importante en nombre, ayant une certaine ancienneté, et n'étant pas dangereuse pour ses membres⁴². Cette distinction est notamment nécessaire pour l'application de la loi de 2001 sur les mouvements sectaires⁴³.

³⁴ *Id.*, par. 187.

³⁵ *Id.*

³⁶ *Id.*, par. 39.

³⁷ Jean-Claude RICCI, « Religion et droit constitutionnel », dans Joël-Benoît D'ONORIO (dir.), *Religion et droit: actes du IV^e Colloque national des juristes catholiques*, Paris, Téqui, 1983, p. 55, à la page 65.

³⁸ *Id.*

³⁹ Douai, 15 janv. 1997, B.I.C.C. 1999, n° 498.

⁴⁰ Civ. 2^e, 24 janv. 1996, n° 93-10.829.

⁴¹ Limoges, 6 sept. 2004, n° 03/01352.

⁴² Christelle LANDHEER-CIESLAK, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 384.

⁴³ *Loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux*

Cependant, même si cette distinction permet effectivement au juge de déterminer s'il est en présence d'une religion, il est possible d'émettre une réserve selon laquelle les critères du nombre important et de l'ancienneté rendent la définition beaucoup trop restrictive, et pourraient donc avoir pour conséquence d'exclure des religions, ou encore, d'assimiler certaines d'entre elles à des mouvements sectaires. Selon plusieurs auteurs, la religion musulmane pourrait même, dans des situations précises⁴⁴, ne pas se voir reconnaître, dans la mesure où elle ne respecterait pas tous les critères de la religion, puisqu'elle « n'est pas établie de longue date sur le territoire français et [qu'] elle s'est développée dans un contexte culturel distinct de celui de la France »⁴⁵.

b. L'importance du comportement de l'État membre à la C.E.D.H.

Comme nous l'avons vu, la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas habilitée à décider si les croyances communes d'un groupe constituent une religion, ou à définir substantiellement la religion. Elle doit plutôt se référer à la position de l'État mis en cause⁴⁶. Mais il

faut également préciser qu'en plus de la position officielle d'un État, la Cour peut également se servir du comportement de l'État pour affirmer l'existence d'une religion. Par exemple, dans l'arrêt *Kimlya*⁴⁷, le fait que le *Surgut Centre of Scientology*, qui conduisait ses activités sous la forme d'une entité non religieuse, fut dissout sous prétexte qu'il s'agissait d'une organisation religieuse par nature, démontre, selon la Cour, que la position des autorités russes était que la Scientologie est une religion⁴⁸, contrairement à ce qui avait été soutenu par les avocats du gouvernement russe.

c. La *comune considerazione* italienne

Les tribunaux italiens ont eux aussi développé une approche méthodologique leur permettant de ne pas énoncer expressément une définition substantielle. Tout comme dans la plupart des autres juridictions examinées, aucune définition de la religion n'a été proposée en Italie. D'après la Cour suprême de cassation⁴⁹, ce choix se justifie par la volonté de ne pas limiter, par une définition préconstituée, la protection conférée aux croyances et aux pratiques religieuses dans les articles 8, 19 et 20 de la Constitution⁵⁰. Le critère déterminant pour

droits de l'homme et aux libertés fondamentales, J.O. 13 juin 2001, p. 9337.

⁴⁴ Voir notamment: Civ. 1^{re}, 2 mars 1999, *Bull. civ. I*, n° 76; Dijon, 13 déc. 1989, *Gaz. Pal.* 1994.Jur.216.

⁴⁵ C. LANDHEER-CIESLAK, préc., note 42, p. 385.

⁴⁶ *Case of Kimlya and others v. Russia*, n° 76836/01 and n° 32782/03, 1st October 2009, par. 79; *Church of Scientology of Moscow v. Russia*, n° 18147/02, 5 April 2007, par. 65.

⁴⁷ *Case of Kimlya and others v. Russia*, préc., note 46.

⁴⁸ *Id.*, par. 80.

⁴⁹ Cour sup. de Cass., Italie, Jugement n° 1329 du 8 octobre 1997, *Registro generale* n° 16835/97.

⁵⁰ Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Les grandes démocraties: Constitutions des États-Unis, de l'Allemagne, de l'Espagne et de l'Italie*, Paris, Dalloz, 2005, p. 188 et 191:

savoir si l'on est en présence de croyances ou de pratiques religieuses est celui de la *comune considerazione*, c'est-à-dire d'un consensus sociétal à l'effet qu'un groupe ou une association possède un caractère religieux. Contrairement à ce qui avait été retenu par la Cour d'appel de Milan⁵¹, ce critère ne peut être équivalent à une étude d'opinion publique. Il doit par ailleurs être plus large qu'une conception simplement judéo-chrétienne de la religion, sans quoi il serait susceptible de violer les normes de droit constitutionnel en matière de liberté de religion⁵². Ainsi, le droit italien a développé une autre approche qui permet de demeurer à l'extérieur de la définition substantielle,

tout en posant certains paramètres qui viennent limiter la possibilité d'invoquer la liberté de religion.

d. Aux États-Unis : l'approche subjective fonctionnelle

Afin de contourner les effets du premier amendement, la Cour suprême des États-Unis a également développé une alternative originale. Depuis les arrêts *Seeger*⁵³ et *Welsh*⁵⁴, la jurisprudence a adopté une approche subjective fonctionnelle dans sa façon de définir la religion. Cette méthode consiste à se demander si la croyance considérée occupe, dans la vie de son sujet, une place parallèle à celle de Dieu dans une religion dite « conventionnelle ». C'est donc se demander si, pour le sujet, cette croyance se trouve au-dessus des lois civiles. Dans *Malnak v. Yogi*⁵⁵, un tribunal du troisième circuit a donné trois indications quant à la manière d'appliquer la méthode fonctionnelle. D'abord, il faut se demander quelle est la nature des idées en question, ce qui implique nécessairement que le juge, sans pourtant se demander si ces croyances sont véridiques, examine minimalement le contenu des idées. Ensuite, il faut se demander si ces idées sont un système complet de croyances. Enfin, d'un point de vue externe, il faut déterminer si les pratiques formelles reliées à ces croyances peuvent être assimilées à la religion. Évidemment, ce critère n'est pas absolu et même si, à première vue, les pratiques n'ont rien de religieux dans le sens plus classique du terme, ces

« Art. 8 : Toutes les confessions religieuses sont également libres devant la loi. – Les confessions religieuses autres que la confession catholique ont le droit de s'organiser selon leurs propres statuts, à condition qu'ils ne soient pas en contradiction avec l'ordonnancement juridique italien. – Leurs relations avec l'État sont réglées par la loi sur la base d'ententes avec les représentants de chaque confession. [...] »

Art. 19 : Chacun a le droit de professer librement sa foi religieuse, sous quelque forme que ce soit, individuelle ou collective, d'en faire propagande et d'en exercer le culte en privé ou en public, pourvu qu'il ne s'agisse pas de rites contraires aux bonnes mœurs.

Art. 20 : Le caractère ecclésiastique et le but religieux ou cultuel d'une association ou d'une institution ne peuvent être la cause de limitations législatives spéciales, ni de charges fiscales particulières pour sa constitution, sa capacité juridique et toutes ses formes d'activité. »

⁵¹ Corte di Appello, Milano, 2.12.1996.

⁵² Cour sup. de Cass., Italie, préc., note 49.

⁵³ *United States v. Seeger*, préc., note 25.

⁵⁴ *Welsh v. United States*, préc., note 26.

⁵⁵ *Malnak v. Yogi*, préc., note 27.

croyances pourraient néanmoins être considérées comme telles.

Si cette méthode permet de constater la présence d'une religion, elle ne précise aucunement les critères pour apprécier ce que la Cour entend par « place parallèle à celle de Dieu ». Ensuite, en amalgamant morale et religion dans *Welsh*⁵⁶, la Cour a en quelque sorte vidé le mot religion de son sens. Dans le formulaire en cause dans cet arrêt, par lequel le requérant souhaitait être exempté du service militaire, l'exemption n'était explicitement possible que pour des motifs d'ordre religieux : « I am, by reason of my religious training and belief, conscientiously opposed to participation in war in any form ». Or, *Welsh* avait fait cette demande d'exemption du service militaire au nom de la morale. Mais la Cour, en reprenant la définition fonctionnelle de *Seeger*⁵⁷, a conclu que ses considérations éthiques et morales pouvaient être assimilées à une conception large de la religion. L'approche fonctionnelle permet donc une certaine souplesse en ce qu'elle laisse le soin aux tribunaux de développer des critères au gré des causes présentées devant eux.

B. Le traitement juridique de la religion

Le traitement juridique du droit à la liberté de religion s'entend de l'ensemble des critères qui devront être satisfaits afin de déterminer si ce droit est applicable à une situation donnée. C'est à cette étape que le tribunal se demande s'il est véritablement en présence d'une religion.

⁵⁶ *Welsh v. United States*, préc., note 26.

⁵⁷ *United States v. Seeger*, préc., note 25.

Au même titre que la définition substantielle, le traitement laisse transparaître la manière dont les tribunaux perçoivent le concept de religion. Par ailleurs, les différentes approches de traitement juridique seront bien souvent colorées par la présence, ou l'absence, d'une définition substantielle proposée par les tribunaux.

Nous avons choisi d'analyser le traitement juridique de la religion à la lumière de deux tendances dans la façon d'évaluer l'existence du droit à la liberté de religion. D'une part, certaines juridictions utilisent un point de vue subjectif, alors que d'autres préconisent une approche plus objective, en s'attardant davantage à l'examen de facteurs externes à l'individu. Ces deux tendances révèlent la façon dont les tribunaux comprennent le terme *religion* et la portée qui lui est attribuée. En effet, les juridictions qui adoptent une approche plus objective valorisent généralement, de façon implicite, la *religion* dans son aspect de collectivité identitaire, alors que l'emploi d'une approche plus subjective protège davantage l'autonomie de l'individu⁵⁸.

1. Un traitement centré sur l'individu dans les tribunaux américains

Aux États-Unis, le traitement juridique de la religion est constitué d'un test en deux étapes : « a sincere and meaning-

⁵⁸ Voir : Peter D. LAUWERS, « Religion and the Ambiguities of Liberal Pluralism: A Canadian Perspective », dans Ian PEACH, Graeme MITCHELL, Dr. David SMITH and John WHITE (dir.), *A Living Tree: The Legacy of 1982 in Canada's Political Evolution*, Markham, LexisNexis Canada, 2007, p. 370 et 371.

ful belief which occupies in the life of its possessor a place parallel to that filled by the God of those admittedly qualifying for the exemption.»⁵⁹ Le demandeur doit donc prouver (1) la sincérité de sa croyance et (2) que celle-ci occupe, à ses yeux, la place de Dieu dans une religion qui est explicitement protégée, ce qui, notamment, donne un sens à sa vie. Ces deux critères sont indiscutablement subjectifs puisqu'ils exigent une analyse dont le point de départ est l'individu. Il sera cependant pertinent de se demander quelles sont les prémisses philosophiques à l'origine de ce choix méthodologique.

Tout d'abord, le choix d'une approche plus subjective permet aux tribunaux de ne pas s'ingérer dans les débats concernant le contenu nécessaire pour être en présence d'une religion. Selon l'*Establishment Clause*, l'État doit demeurer strictement neutre⁶⁰; et lorsqu'il évalue le contenu d'une croyance pour déterminer son caractère religieux, il risque d'outrepasser ses compétences. Logiquement, ce principe s'applique également aux tribunaux qui doivent faire preuve d'impartialité. Ainsi, au lieu de s'attarder sur l'essence de la croyance, les tribunaux pourront faire une évaluation à partir de l'individu.

En deuxième lieu, au-delà des préoccupations constitutionnelles, cette perspective subjective du droit à la liberté de religion émane également d'une conception culturelle largement répandue aux États-Unis. La tradition protestante américaine, par son approche individualiste de la dévotion religieuse, a contribué de façon significative à l'élaboration de la

liberté religieuse en tant que droit personnel, inhérent à l'individu. Le juriste puritain et ancien recteur de l'Université Yale, Elisha Williams, affirmait d'ailleurs en 1744 :

«Every man has an equal right to follow the dictates of his own conscience in the affairs of religion. Every one is under an indispensable obligation to search the scripture for himself (which contains the whole of it) and to make the best use of it he can for his own information in the will of God, the nature and duties of Christianity. And as every Christian is so bound; so he has an unalienable right to judge of the sense and meaning of it, and to follow his judgment wherever it leads him.»⁶¹

Cette conception de la liberté de religion, comme droit appartenant d'abord à l'individu, vient de la forte présence de l'individualisme, comme idéologie, dans le développement culturel de ce pays, et a considérablement influencé les pratiques religieuses. Cependant, bien que cet individualisme religieux se soit développé de façon particulière aux États-Unis, il trouve également ses racines dans les transformations doctrinales de la réforme protestante⁶².

⁵⁹ *United States v. Seeger*, préc., note 25.

⁶⁰ *Schempp v. District of Abington*, 374 U.S. 203 (1963).

⁶¹ Elisha WILLIAMS, *The essential rights and liberties of Protestants*, Boston, 1744, cité dans John WITTE, « The Essential Rights and Liberties of Religion in the American Constitutional Experiment », 71 *Notre Dame L. Rev.* 371, 390.

⁶² Wilhelm PAUCK, « The Nature of Protestantism », (1937) 6 *Church History* 3, 12.

2. Un traitement subjectif influencé par une définition substantielle au Canada

Au Canada, il s'agit plutôt d'un test en trois étapes. Selon la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt *Amselem*⁶³, pour que la liberté de religion entre en jeu, l'individu devra démontrer :

«(1) qu'il "possède une pratique ou une croyance qui est liée à la religion et requiert une conduite particulière, soit parce qu'elle est objectivement ou subjectivement obligatoire ou coutumière, soit parce que, subjectivement, elle crée de façon générale un lien personnel avec le divin ou avec le sujet ou l'objet de sa foi spirituelle, que cette pratique ou croyance soit ou non requise par un dogme religieux officiel ou conforme à la position de représentants religieux";

(2) que "cette croyance est sincère";

(3) que le fardeau qui lui est imposé n'est pas "négligeable ou insignifiant" mais lui crée plutôt un "intense désagrément", "des contraintes considérables", "des difficultés substantielles", d'où résulte une "atteinte grave" ou une "entrave importante" à sa capacité d'agir en conformité avec ses croyances religieuses.»⁶⁴

Selon ces critères, l'individu n'a donc jamais à démontrer la validité objective de ses croyances religieuses

et n'est, ainsi, jamais tenu de prouver qu'une pratique particulière est appuyée par une autorité religieuse ou un texte sacré⁶⁵. Par exemple, la Cour n'a pas à se demander si l'obligation de porter le turban sikh ou le yarmulka juif existe en vertu de ce qui est généralement reconnu dans le cadre de ces religions⁶⁶. Imposer ce fardeau amènerait les tribunaux «à s'empêtrer sans justification dans le domaine de la religion»⁶⁷.

En vertu du deuxième critère, qui se veut de nature complètement subjective, c'est plutôt la sincérité de la croyance qui doit être établie, après que l'individu eut démontré que celle-ci est objectivement «liée à la religion». Ici, le mot «religion» doit être compris à la lumière de la définition substantielle de la religion proposée par la Cour suprême. Quant au troisième critère, il s'intéresse à l'intensité du fardeau que l'individu doit supporter en lien avec sa croyance ou pratique alléguée afin d'évaluer si son droit à la liberté de religion est réellement atteint.

Le traitement juridique de la Cour suprême, lorsqu'il est question de religion, est donc largement subjectif, mis à part le premier critère. Ce choix est justifié par le fait qu'un traitement objectif serait perçu comme une ingérence dans les croyances individuelles des justiciables, et irait donc à l'encontre de l'article 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁶⁸. La présence d'une portion objective dans le traitement s'explique par la présence d'une définition substantielle de la religion. En effet, ayant

⁶³ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 1.

⁶⁴ Christian BRUNELLE, «Les droits et libertés fondamentaux», dans Collection de droit 2009-10, École du Barreau du Québec, vol. 7, *Droit public et administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 23, à la page 53 (notes de bas de page omises).

⁶⁵ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 1, par. 48.

⁶⁶ *Id.*, par. 68.

⁶⁷ *Id.*, par. 50.

⁶⁸ *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, par. 97.

défini ce concept, la Cour suprême peut évidemment s'attendre à ce qu'une personne qui souhaite invoquer son droit à la liberté de religion démontre un lien objectivement valide entre sa croyance et la définition substantielle de la religion. Ainsi, contrairement à la jurisprudence américaine, la Cour suprême du Canada a établi certains paramètres objectifs sur lesquels se baser en matière religieuse. Ces critères demeurent toutefois extrêmement larges, à un point tel qu'il serait possible d'imaginer qu'une personne puisse, à elle seule, former une religion dont les manifestations seraient protégées par le droit à la liberté de religion⁶⁹.

L'approche canadienne s'insère dans une perspective « libérale » de la société qui repose sur le principe fondamental de l'autonomie personnelle de l'individu⁷⁰. En effet, le droit à la liberté de religion au Canada est beaucoup plus axé sur la liberté que sur la religion à proprement parler. C'est donc dire que ce droit vise avant tout à protéger l'individu et ses croyances plutôt que la religion elle-même. À la lumière de cette valeur fondamentale qu'est l'autonomie personnelle de l'individu, le choix d'évaluer la croyance d'un point de vue subjectif n'est donc pas surprenant.

3. Un traitement axé sur la crédibilité de l'individu et de sa croyance : la C.E.D.H.

Malgré l'absence d'un traitement systématique en lien avec le droit à la liberté de religion, la Cour européenne

des droits de l'homme a cependant établi certains paramètres épars afin d'encadrer ce droit. La Cour va parfois se demander si (1) le requérant, dans la manifestation de sa croyance, fait transparaître une perspective cohérente sur les problèmes fondamentaux⁷¹. Par rapport à cet aspect, elle pourra également se demander s'il existe un lien suffisant entre la croyance et sa manifestation. Celle-ci a, par exemple, jugé qu'il n'existait pas de lien suffisant entre le pacifisme et le fait de distribuer des tracts ayant pour objet de dissuader des militaires d'aller au combat⁷². Par ailleurs, comme l'a décidé la Cour dans l'affaire *Kalaç c. Turquie*⁷³, un acte religieux doit être la manifestation de la croyance de l'individu et non un acte simplement inspiré par celle-ci. Ensuite, la Cour a précisé qu'une croyance religieuse (2) doit nécessairement comporter un certain niveau de « cogency, seriousness, cohesion, and importance »⁷⁴. En outre, le juge (3) peut se questionner quant à la fermeté et à l'intensité de cette croyance religieuse⁷⁵. Enfin, le juge pourra se demander (4) s'il s'agit d'une religion à tout le moins iden-

⁶⁹ C. LANDHEER-CIESLAK, préc., note 42, p. 257.

⁷⁰ P.-D. LAUWERS, préc., note 58, p. 370 et 371.

⁷¹ *X. v. Germany*, n° 8741/79, 24 Decisions and reports 137, p. 138.

⁷² N° 7050/75, rapport de la Commission du 12 octobre 1978, Décisions et rapports 19, p. 5.

⁷³ *Kalaç c. Turquie*, 1^{er} juil. 1997, n° 20704/92, Recueil 1997-IV.

⁷⁴ *Campbell and Cosans v. United Kingdom*, judgement of 25 February 1982, series A n° 48.

⁷⁵ *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, CEDH, 2002-III, p. 203 et suiv.

tifiable⁷⁶, et (5) si le litige est le fruit d'une ingérence injustifiée de l'État⁷⁷.

4. Un traitement objectif en France

En France, la présence d'un traitement juridique clair et identifiable en lien avec la religion est plus difficilement décelable. C'est que le juge français se trouve, en quelque sorte, démuné devant ces questions, dans la mesure où l'État français met de l'avant le principe de neutralité, en vertu duquel celui-ci ne peut se prononcer en matière religieuse⁷⁸. C'est d'ailleurs ce qui a toujours empêché le juge de distinguer clairement les sectes des religions⁷⁹. Cette neutralité n'est cependant pas synonyme d'indifférence envers la religion, car il relève du rôle de l'État d'intervenir lorsque cela est « vraiment nécessaire à l'ordre et à la cohésion sociale »⁸⁰. En somme, le juge français ne peut donc pas avoir recours à un traitement subjectif des questions religieuses, puisque cela irait à l'encontre d'une conception largement diffusée du principe de neutralité, et doit toujours s'efforcer de ramener le débat à son aspect le moins « religieux » possible. Par

exemple, en jugeant d'un litige concernant la construction d'une souccah dans un appartement situé dans un ensemble immobilier, la Cour de cassation s'est contentée d'affirmer « que la liberté religieuse, pour fondamentale qu'elle soit, ne pouvait avoir pour effet de rendre licites les violations des dispositions d'un règlement de copropriété »⁸¹. Il était donc possible, ici, de faire totalement abstraction de la dimension religieuse du cas. Le problème reste toutefois entier lorsque le juge doit faire face à un litige complètement imprégné de considérations religieuses, ce qui l'empêche d'en voir la problématique sous un angle différent. Cette situation peut survenir lorsque, par exemple, un divorce est demandé parce qu'un des époux s'est converti à une autre religion⁸². Dans un tel cas, le juge n'a d'autre choix que de s'immiscer dans la substance religieuse du problème.

En dépit de l'absence d'une véritable démarche pour traiter des questions religieuses, il est possible de souligner les directions que les tribunaux peuvent prendre dans ces situations. En premier lieu, (1) le juge va tenter de faire un lien entre le croyant qui est devant lui et la communauté à laquelle il appartient, afin de savoir s'il s'agit d'une situation protégée par le droit à la liberté de religion⁸³. Ce lien avec une communauté a une importance certaine, puisqu'en l'absence d'une définition substantielle et intelligible de la religion pour guider le juge, celui-ci doit pouvoir user de ce moyen afin de prouver la corrélation entre le

⁷⁶ X. c. *Royaume-Uni*, préc., note 22.

⁷⁷ Gérard GONZALEZ, *La convention européenne des Droits de l'Homme et la liberté des religions*, Paris, Economica, 1997, p. 54.

⁷⁸ Maurice BARBIER, *La laïcité*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 86.

⁷⁹ Vincente FORTIER, *Justice, religions et croyances*, Paris, Éditions CNRS, 2000, p. 15.

⁸⁰ Francis MESSNER, Pierre-Henri PRÉLOT et Jean-Marie WOEHLING, *Traité de droit français des religions*, JurisClasseur, Paris, Litec, 2003, p. 49.

⁸¹ Civ. 3^e, 8 juin 2006, préc., note 2.

⁸² Montpellier, 29 juin 1992, *Gaz.Pal.* 1993.3.Jur.547, note A. Garay et P. Goni.

⁸³ C. LANDHEER-CIESLAK, préc., note 42, p. 255.

droit à la liberté de religion et la situation en question. La religion est donc perçue ici comme une réalité objective, puisque reliée à une collectivité, contrairement à la conception des tribunaux canadiens selon laquelle la religion est un fait intime et individuel. Cette perception n'est cependant pas absolue. À titre d'exemple, le Tribunal de grande instance de Paris a parlé du « tréfonds intime des croyances » dans une affaire de publicité dite offensante⁸⁴. Ensuite, le juge peut s'intéresser à (2) la qualité du lien entre le croyant et sa communauté, en se demandant s'il est durable et marqué d'une certaine intensité⁸⁵. Ainsi, les juges vont souvent tenir compte du nombre d'années depuis une conversion à une religion⁸⁶ ou de la question de savoir si l'individu pratique sa religion activement⁸⁷. Parfois, le juge ne va accorder la protection du droit à la liberté de religion que s'il s'agit d'une (3) « atteinte grave »⁸⁸ ou (4) « manifestement illégale »⁸⁹ à la liberté de religion. Dans certains cas, (5) le juge ne conclura pas à une atteinte à la liberté de religion si l'acte religieux en question n'est inter-

dit que partiellement ou seulement dans certaines circonstances. À titre d'exemple, la Cour administrative d'appel de Nancy a affirmé que :

« la disposition du règlement intérieur d'un lycée public interdisant le port de couvre-chef dans les salles de cours ne porte pas atteinte à la liberté de religion des élèves dans la mesure où elle n'interdit pas de façon générale et absolue le port du couvre-chef dans l'ensemble des locaux scolaires mais uniquement dans les salles de cours. »⁹⁰

Deux remarques s'imposent en ce qui concerne le traitement accordé par les tribunaux français à la religion. D'abord, l'analyse qui mène au constat de la présence d'une religion se fait exclusivement d'un point de vue objectif, même s'il faut également apprécier l'intensité du lien entre le croyant et la religion en question. Ensuite, nous ne pouvons passer sous silence l'importance toute relative accordée au droit à la liberté de religion en France par rapport à d'autres juridictions. En effet, le juge semble, à de rares exceptions près, épouser une conception plus restrictive de ce droit puisqu'une offense aux pratiques religieuses, si elle ne dépasse pas un seuil de gravité considérable, n'est généralement pas considérée comme une atteinte au droit à la liberté de religion.

Même si la définition de la religion ainsi que son traitement juridique différent en fonction des juridictions, ces

⁸⁴ Trib. gr. inst. Paris, 23 oct. 1984, *Gaz. Pal.* 1984.333.

⁸⁵ C. LANDHEER-CIESLAK, préc., note 42, p. 261 à 267.

⁸⁶ Paris, 26 sept. 1996, P.A. 1997.Jur.66.17.

⁸⁷ Civ. 2e, 18 mars 1999, n° 97-18414 (inédit), en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007394695&fastReqId=1267603555&fastPos=1>> (consulté le 4 décembre 2012); Amiens, 31 janv. 1992, *Gaz. Pal.* 1993. Jur.266.18.

⁸⁸ Cons. d'État, 29 juin 2006, Recueil des décisions du Conseil d'État (Recueil Lebon), 2006.894 et 895. Cons. d'État, 3 mai 2005, D. 2005, n° 2, 1465.

⁸⁹ Cons. d'État, 3 mai 2005, préc., note 88.

⁹⁰ C. adm. Nancy, 24 mai 2006, n° 05NC01275 (inédit), en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000007573313&fastReqId=2058250905&fastPos=1>> (consulté le 4 décembre 2012).

dernières ont toutes en commun le fait d'avoir cherché à limiter la portée du droit à la liberté de religion dans des contextes particuliers. Cette question fera l'objet de la deuxième partie.

II. La liberté de religion et ses limitations

A. Certaines distinctions théoriques

Avant d'examiner les facteurs qui peuvent mener une juridiction à limiter le droit à la liberté de religion, il sera important de comprendre ce qui constitue ce droit et comment il s'articule dans la théorie.

1. Forum internum et manifestation externe

Selon la doctrine, la religion serait présente, avant tout, à l'intérieur de la conscience de l'individu et ensuite dans ses manifestations externes. En ce sens, la liberté de religion serait composée du forum interne, le *forum internum*, et des manifestations extérieures, le *forum externum*. Par ailleurs, le juge Binnie, dissident dans l'arrêt *Amselem*, indiquait que :

« [...] il y a effectivement deux éléments à considérer dans l'analyse de la liberté de religion. Il y a d'abord la liberté de croire et de professer ses croyances; il y a ensuite le droit de manifester ses croyances, principalement en pratiquant des rites et en partageant sa foi en créant des lieux de culte et en les fréquentant. C'est dire que, si les croyances intimes ont un aspect purement personnel, l'autre dimension du droit a une portée

sociale véritable et implique un rapport avec des tiers. Ce serait une erreur de réduire la liberté de religion à une seule dimension [...]. »⁹¹

Le *forum internum* peut être défini comme étant le noyau profond de la conscience⁹². Il s'agit d'ailleurs du premier aspect protégé par le droit à la liberté de religion. En effet, dans le contexte européen, la « souveraineté de la conscience » avait été accordée à l'individu sur la base du droit naturel⁹³ et, aujourd'hui, suivant la manière dont le *forum internum* est défini, l'on considère en règle générale qu'il est entièrement protégé. D'ailleurs, la Cour suprême américaine a affirmé que la liberté de croire est absolue, alors que la liberté d'agir en fonction de ses croyances ne l'est pas⁹⁴. Le fait que le *forum internum* soit inviolable ne signifie pas qu'il soit impossible à violer. En effet, cette facette du droit à la liberté de religion peut être vulnérable aux pressions extérieures, ainsi qu'à la manipulation. La propagande et la torture, morale ou physique, n'en sont que des exemples.

Le *forum externum* se comprend par la manifestation extérieure d'une religion ou d'une croyance. Il inclut le prosélytisme, l'éducation religieuse, la manifestation d'une croyance par des

⁹¹ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 1, par. 137.

⁹² Renata Uitz, *Freedom of Religion in European Constitutional and International Case Law*, Council of Europe Publishing, 2007, p. 29.

⁹³ David Little, « Does the Human Right to Freedom of Conscience, Religion, and Belief Have Special Status », (2001) *B.Y.U.L. Rev.* 603.

⁹⁴ *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296, 303 et 304 (1940).

signes religieux, et tout autre acte à caractère religieux. Dans la mesure où ces manifestations peuvent potentiellement entrer en conflit avec les droits d'autrui, ils seront plus susceptibles de se heurter à des limitations, comme nous en ferons état ultérieurement.

2. Protection positive et négative

Si le droit à la liberté de religion protège la croyance en une religion, il serait pertinent de se demander s'il défend également le droit de ne pas croire à un dogme religieux. Dans le premier cas, il s'agit d'une protection positive puisque l'adhésion du croyant à une religion suppose un acte positif. Dans le deuxième cas, il s'agit d'une protection négative étant donné que l'on assure le droit pour l'individu de ne pas adhérer à une croyance religieuse. À notre avis, même si les textes législatifs n'en font pas mention, la liberté de religion comporte également le droit d'adhérer partiellement à une croyance religieuse, de ne pas y croire⁹⁵, et même de s'exprimer contre celle-ci⁹⁶. C'est d'ailleurs dans ce sens que la doctrine ainsi que la Cour suprême du Canada⁹⁷ se sont alignées.

3. Un droit individuel et collectif

Il est également possible d'opposer la dimension individuelle du droit

à la liberté de religion à sa dimension collective. En effet, ce droit protège non seulement les croyances et pratiques de chaque individu, mais aussi « toute forme d'expression religieuse organisée »⁹⁸. Cette dernière comprend la protection des minorités religieuses, la liberté de se constituer en communautés religieuses, ainsi que la liberté d'organisation interne et le fonctionnement des institutions religieuses⁹⁹.

B. Les limitations au droit à la liberté de religion

Le droit à la liberté de religion, comme tous les autres droits, n'est pas absolu¹⁰⁰. Cette idée émane du principe selon lequel tout droit se voit limité par celui d'autrui. L'article 4 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* affirmait déjà, en 1789, que l'exercice de ces droits « n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits ». Il serait d'ailleurs impossible de concevoir une société sans que les droits de ses citoyens ne soient limités dans certaines circonstances. C'est d'ailleurs ce que le juge LaForest a expliqué dans l'arrêt *Ross*:

« Cette liberté n'est toutefois pas absolue, étant restreinte par le droit des autres personnes d'embrasser et de professer leurs propres croyances et opinions, et de ne pas être lésées par l'exercice de la liberté de religion d'autrui. La liberté

⁹⁵ Pierre-Olivier LAPORTE, « La Charte des droits et libertés de la personne et son application dans la sphère contractuelle », (2006) 40 R.J.T. 287, par. 37.

⁹⁶ F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT et J.-M. WOHRLING, préc., note 80, p. 46; C. LANDHEER-CIESLAK, préc., note 42, p. 181.

⁹⁷ R. c. *Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

⁹⁸ F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT et J.-M. WOHRLING, préc., note 80, p. 45.

⁹⁹ *Id.*

¹⁰⁰ *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256, par. 24.

de religion est soumise aux restrictions nécessaires pour protéger la sécurité, l'ordre, la santé ou la moralité publique, ainsi que les libertés et droits fondamentaux d'autrui.»¹⁰¹

Une distinction s'impose à cette étape du raisonnement. Dans notre analyse des traitements proposés pour évaluer le droit à la liberté de religion, nous avons déjà évoqué certaines limitations de ce droit. Il s'agissait de limitations internes au traitement du droit en tant que tel. Par exemple, la Cour suprême du Canada avait limité la portée de la liberté de religion en exigeant plus qu'une atteinte négligeable pour que ce droit entre en jeu. La présente partie aura pour objet d'examiner les limitations externes au traitement et à la définition de la liberté de religion, c'est-à-dire toute limitation contre laquelle ce droit pourrait se heurter.

Considérant l'importance du droit à la liberté de religion au Canada et aux États-Unis, la majorité des restrictions qui lui sont imposées émanent d'arguments issus de l'ordre public ou de l'intérêt public. C'est notamment ce qu'ont laissé entendre les juges Iacobucci et Bastarache dans l'arrêt *Trinity Western*: «la liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience.»¹⁰²

¹⁰¹ *Ross c. Conseil scolaire du district no 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, par. 72.

¹⁰² *Université Trinity Western c. College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772.

Nous examinerons d'abord les clauses limitatives en tant qu'instruments législatifs utilisés pour restreindre la portée du droit à la liberté de religion là où il pourrait nuire à l'intérêt ou à l'ordre public. Ensuite, le principe de neutralité et le préjudice aux droits d'autrui seront abordés puisqu'ils sont fréquemment invoqués pour limiter la liberté de religion. Enfin, nous verrons certains domaines ou circonstances où les tribunaux permettent plus aisément que des limitations soient imposées par l'État. Celles-ci incluent, par exemple, les domaines de l'armée et du zonage municipal.

1. Les clauses limitatives

Certaines juridictions, dans leur législation concernant les droits et libertés, ont choisi d'inclure une clause limitative qui vient restreindre la portée des droits. C'est notamment le cas du Canada qui dans sa *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁰³ a inclus la disposition suivante :

« Art. 1 La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. »

Cette disposition a mené, avec le test de *Oakes*¹⁰⁴, à des critères jurisprudentiels qui permettent de déterminer

¹⁰³ 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* »).

¹⁰⁴ *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

si la limitation d'un droit protégé par la Charte peut être considérée comme raisonnable et si elle peut se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique. Il faudra se demander (1) si l'objectif poursuivi est suffisamment important, (2) si la mesure limitative est reliée à celui-ci, (3) si elle constitue une atteinte minimale, et (4) si elle est proportionnelle compte tenu du but poursuivi.

La clause limitative de la *Charte* a notamment été appliquée à la liberté de religion dans *Edwards Books*¹⁰⁵, arrêt dans lequel la Cour suprême du Canada s'est demandé si une loi qui interdisait l'ouverture des commerces de détail le dimanche allait à l'encontre de la liberté de religion et si cette entrave pouvait être justifiée en vertu de la clause limitative. Cette disposition législative avait été contestée puisque les propriétaires de la boutique en question estimaient qu'ils devaient pouvoir fermer le samedi et ouvrir le dimanche, étant donné qu'une majorité de leur clientèle était de religion juive. Pour la majorité, le juge Dickson a reconnu que cette disposition portait atteinte au droit à la liberté de religion. Cependant, il a conclu qu'elle était sauvegardée par la clause limitative puisque l'objectif laïque de donner un jour de repos commun était suffisamment important pour justifier une limitation au droit à la liberté de religion. Il faut cependant noter que ce jugement comportait plusieurs dissidences et le gouvernement de l'Ontario, qui avait initialement introduit cette loi, décida de la modifier ultérieurement pour accommoder les autres religions, et ce, malgré

¹⁰⁵ *R. v. Edwards Books and Art Ltd*, préc., note 68.

un jugement qui confirmait sa validité. Ainsi, depuis cette modification, l'article 3 de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*¹⁰⁶ permet à un commerçant d'ouvrir le dimanche si son établissement est fermé au public le samedi.

Plus récemment, dans l'arrêt *Hutterian Brethren*¹⁰⁷, la Cour suprême s'est prononcée sur la validité constitutionnelle d'un règlement rendant obligatoire la prise de photo au moment de la délivrance du permis de conduire, annulant du même coup l'exception accordée par la province à la communauté Hutterite de l'Alberta, pour laquelle se faire photographier volontairement est formellement interdit par les préceptes de leur religion. Fait intéressant à souligner, la cause fut tranchée sous l'angle de la 4^e étape de la méthode d'analyse établie dans *Oakes* (celle de la proportionnalité), permettant ainsi à la Cour de préciser l'importance et l'articulation de ce critère¹⁰⁸, réfutant par la même occasion la position répandue selon laquelle ce critère « can safely be ignored »¹⁰⁹. La

¹⁰⁶ L.R.O. 1990, c. R-30.

¹⁰⁷ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567.

¹⁰⁸ La juge en chef McLachlin écrivant pour la majorité ainsi que la juge Abella, en dissidence, se sont, à tout le moins, inspirées de l'approche du président Barak de la Cour suprême d'Israël. Voir à ce sujet l'article de Sara WEINRIB, « The Emergence of the Third Step of the Oakes Test in *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony* », (2010) 68 *U.T. Fac. L. Rev.* 77.

¹⁰⁹ Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 4^e éd., Scarborough, Thomson Canada Limited, 2003, p. 816 et 817. Voir aussi: Frank IACOBUCCI, « Judicial Review by the Supreme Court of Canada Under the Canadian Charter of Rights and

Cour semble également, dans cet arrêt, avoir allégé le fardeau de l'État quant à la justification d'une atteinte à la liberté de religion ainsi que d'avoir diminué la portée de la protection accordée par l'article 2(a) de la *Charte*¹¹⁰. En effet, la juge en chef McLachlin, écrivant pour la majorité, déplace quelque peu le point de départ de l'analyse à l'étape de la justification de la perspective subjective du demandeur quant aux effets néfastes en lien avec ses propres croyances religieuses, à une approche plus globale et objective qui semble également inclure le point de vue du gouvernement :

« Cette perspective doit toutefois être adoptée dans le contexte d'une société multiculturelle où se côtoient une multitude de religions et dans laquelle l'accomplissement par l'État de son devoir de légiférer pour le bien commun heurte inévitablement les croyances individuelles. La simple prétention d'un plaignant qu'une restriction particulière nuit à sa pratique religieuse n'établit pas à elle seule la gravité de la restriction aux fins de l'analyse de la proportionnalité. À vrai dire, si cette prétention pouvait clore le débat, le fardeau de justification qui incomberait à l'État serait si lourd

qu'il lui serait impossible de s'en acquitter. »¹¹¹

Concrètement, l'émergence de cette nouvelle analyse fondée sur la proportionnalité à l'étape de l'article 1^{er} de la *Charte* permet au gouvernement de s'acquitter plus aisément de son fardeau en justifiant une atteinte à la liberté de religion par des arguments fondés sur son « devoir de légiférer pour le bien commun ». À notre avis, non seulement cette approche a inévitablement comme conséquence d'atténuer substantiellement la protection accordée par l'article 2(a) de la *Charte*, et de considérer le point de vue subjectif du demandeur comme un facteur faisant simplement contrepoids au point de vue de l'État plutôt que comme un élément fondamental et central de l'analyse, mais elle semble s'éloigner de l'approche favorisée par la Cour dans les arrêts *Amselem*¹¹² et *Big M Drug Mart*¹¹³.

Alors qu'au Canada, le droit à la liberté de religion peut être restreint par une clause limitative générale, la *Convention européenne des droits de l'homme*¹¹⁴ contient au paragraphe 2 de l'article 9 une clause qui encadre spécifiquement ce droit :

« La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles

Freedoms: The First Ten Years », dans David M. BEATTY (dir.), *Human Rights and Judicial Review*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994, p. 110, à la page 121 ; Pierre BLANCHE, « The Criteria of Justification Under Oakes », (1992) 20 *Man. L.J.* 437, 443.

¹¹⁰ Voir à ce sujet : Mike MADDEN, « Second Among Equals? Understanding the Short Shrift that Freedom of Religion is Receiving in Canadian Jurisprudence », (2010) 7 *J.L. & Equality, University of Toronto* 57.

¹¹¹ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, préc., note 107, par. 90 (nos soulignés).

¹¹² *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 1.

¹¹³ *R. c. Big M Drug Mart Ltd*, préc., note 97.

¹¹⁴ *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, S.T.E. n° 5 (entrée en vigueur le 3 septembre 1953).

qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publics, ou à la protection des droits et libertés d'autrui».

À la lumière de ce libellé, la Cour a développé certains critères pour déterminer si des mesures limitatives à la liberté de religion peuvent être considérées comme nécessaires dans une société démocratique. Mise à part l'exigence que la restriction soit prévue par la loi, il faut d'abord se demander si la limitation cherche à atteindre un but légitime. Ensuite, il faut se demander si la restriction imposée est proportionnelle au but recherché¹¹⁵.

Dans l'affaire *Leyla Şahin c. Turquie*, une femme turque a contesté la loi qui exclut des cours universitaires toute étudiante portant le voile islamique. D'abord, en faisant usage de l'article 9(2), la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que l'État Turque pouvait imposer cette restriction puisqu'elle permettait de sauvegarder les principes de la société démocratique. En protégeant les étudiants des pressions qui pourraient venir de groupes fondamentalistes voulant imposer leurs symboles religieux et leur conception de la société, cette limitation à la manifestation extérieure de la religion était donc justifiable. Ensuite, la Cour a également appuyé sa conclusion en réitérant le devoir des gouvernements nationaux d'élaborer des lois qui répondent directement à leurs réa-

lités locales. Ainsi, si la Turquie estime qu'il est nécessaire d'appliquer ces règles pour sauvegarder les principes cités précédemment, elle peut le faire puisqu'elle a une marge de manœuvre pour apprécier ce qui est «nécessaire» dans son propre cas¹¹⁶.

La clause limitative de la *Convention européenne des droits de l'homme* a également été utilisée pour sauvegarder l'interdiction de pratiquer l'abattage rituel des animaux¹¹⁷, le refus d'émettre une autorisation pour la construction d'une maison de prière¹¹⁸ et l'interdiction pour un prisonnier de participer aux services religieux offerts au sein du pénitencier à cause des problèmes de sécurité que cela pourrait causer¹¹⁹.

2. Le principe de neutralité

La neutralité de l'État peut également être perçue, par les tribunaux en général, comme une limitation légitime au droit à la liberté de religion. Dans la mesure où celle-ci entretient un lien profond avec les mœurs et coutumes, ce type de limitation pourra évidemment être accepté plus aisément et revêtir diverses formes ou intensités en fonction de la juridiction. Par exemple, il peut être complètement interdit pour un fonction-

¹¹⁵ Ces critères sont synthétisés dans: Malcolm D. EVANS, *Religious Liberty and International Law in Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, p. 321 et 322.

¹¹⁶ Ce principe a été développé dans d'autres sources: *Handyside v. the United Kingdom*, n° 5493/72, 7 December 1976, par. 48; Carolyn EVANS, *Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 142 et 143.

¹¹⁷ *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France* [GC], n° 27417/95, CEDH 2000-VII.

¹¹⁸ *Vergos c. Grèce*, n° 65501/01, 24 juin 2004.

¹¹⁹ *Childs v. United Kingdom*, n° 9813/82, 1 March 1983.

naire de manifester ses croyances par le port de signes religieux, comme c'est le cas en France, où cela peut être permis à la seule condition que le visage de ce dernier soit découvert, comme ce sera le cas au Québec avec l'adoption du projet de loi 94¹²⁰.

En France, l'arrêt de principe en la matière est un avis contentieux du Conseil d'État : l'affaire *Mlle Marteaux*¹²¹. Dans cette affaire, Mlle Julie Marteaux, surveillante dans un collège, dut subir son congédiement, par l'application d'une loi portant sur la réforme du contentieux administratif¹²², pour avoir manifesté ses croyances par le port du hijab. Dans cet avis du Conseil d'État, il apparaît clairement qu'il est interdit pour un fonctionnaire français, peu importe sa fonction, de manifester ses croyances religieuses dans le cadre de son emploi :

« Il résulte des textes constitutionnels et législatifs que le principe de liberté de conscience ainsi que celui de la laïcité de l'État et de neutralité des services publics s'appliquent à l'ensemble de ceux-ci. Si les agents du service de l'enseignement public bénéficient comme tous les autres agents publics de la liberté de conscience qui interdit toute discrimination dans l'accès aux fonctions comme dans le déroulement de la carrière qui serait

fondée sur la religion, le principe de laïcité fait obstacle à ce qu'ils disposent, dans le cadre du service public, du droit de manifester leurs croyances religieuses. Par suite, le fait pour un agent du service de l'enseignement public de manifester dans l'exercice de ses fonctions ses croyances religieuses, notamment en portant un signe destiné à marquer son appartenance à une religion, constitue un manquement à ses obligations ».¹²³

Le Tribunal administratif de Paris a confirmé cette idée dans un jugement où il était question du non-renouvellement d'un contrat d'assistance sociale dont la bénéficiaire refusait catégoriquement, malgré des avertissements répétés, de retirer son foulard :

« Le principe de laïcité de l'État et de ses démembrements et celui de la neutralité des services publics font obstacle à ce que ces agents disposent, dans l'exercice de leurs fonctions, du droit de manifester leurs croyances religieuses, notamment par une extériorisation vestimentaire ».¹²⁴

La Cour européenne des droits de l'homme a une approche similaire, quoique plus souple, quant à ce motif de limitation du droit à la liberté de religion. En effet, dans l'affaire *Dahlab c. Suisse*, qui concernait une institutrice portant le voile islamique dans le cadre de ses fonctions, la Cour a jugé qu'une telle manifestation de ses croyances pouvait être interdite dans la mesure où la neutralité de l'enseignement public représente un

¹²⁰ *Loi établissant les balises encadrant les demandes d'accommodement dans l'Administration gouvernementale et dans certains établissements*, projet de loi n° 94 (présentation – 24 mars 2010), 1^{ère} sess., 39^e légis. (Qc) (ci-après « Projet de loi n° 94 »).

¹²¹ Cons. d'Ét., 3 mai 2000, D. 2000, n° 1, 747.

¹²² *Loi n° 87-1127 du 31 déc. 1987 portant réforme du contentieux administratif*, J.O. 1^{er} janv. 1988, p. 7, art. 12.

¹²³ Cons. d'Ét., 3 mai 2000, préc., note 121.

¹²⁴ Trib. adm. Paris, 7 oct. 2002, *Mme Ebrahmanian*, A.J.D.A. 2003.99, note M.-C. de Monteclerc.

«but légitime» de la part de l'État¹²⁵. Précisons également que, contrairement à l'approche généralement retenue par les tribunaux français, la Cour européenne des droits de l'homme a tendance à «s'interroger sur le caractère ostentatoire ou pas du signe vestimentaire»¹²⁶ avant d'accepter la limitation.

Comme mentionné précédemment, la Cour laisse une grande marge d'appréciation aux États, notamment en ce qui concerne l'application du principe de neutralité¹²⁷. Ainsi, la tradition juridique d'un État n'impose pas nécessairement un devoir de neutralité, mais ce dernier ne peut être partial à un point tel que ses activités puissent constituer de l'endocrinement¹²⁸. Cette limite sur le pouvoir de l'État existe en vertu de la liberté de religion appartenant à chaque individu.

Aux États-Unis, le Premier Amendement interdit formellement l'exclusion d'une personne sur la base de ses croyances¹²⁹, principe qui s'applique bien évidemment aux fonctionnaires de l'État. Cette protection a néanmoins connu une certaine limitation dans les arrêts *Branti*¹³⁰ et *Rutan*¹³¹, et bien que ceux-ci concernent davantage la protection de l'allégeance politique des employés, la

même logique pourrait, selon nous, s'appliquer aux convictions religieuses ainsi qu'à leurs manifestations. Dans *Branti*, la Cour a considéré qu'une croyance religieuse ne pouvait, à elle seule, justifier l'exclusion d'un individu de la fonction publique, à moins que le gouvernement ne démontre «an overriding interest [...] of vital importance [...] requiring that a person's private beliefs conform to those of the hiring authority [...]»¹³². Cette limitation a toutefois été élargie dans l'arrêt *Rutan*. Dorénavant, l'employeur n'aura qu'à prouver que la destitution, le renvoi, ou le transfert d'un employé, justifié par la nature de ses convictions, «is narrowly tailored to further vital governmental interests»¹³³.

Au Canada, il est difficile de déceler la présence d'une limitation au droit à la liberté de religion en vertu du principe de neutralité de l'État. Mentionnons seulement qu'il y a eu des développements récents sur cette question au Québec. En effet, le gouvernement du Québec a proposé le *projet de loi 94*¹³⁴, qui fait suite à certaines recommandations du rapport de la commission Bouchard-Taylor¹³⁵, projet dont l'article 6 interdit tant au fonctionnaire qu'à la personne à laquelle les services sont fournis d'avoir le visage

¹²⁵ *Dahlab c. Suisse*, n° 42393/98, CEDH 2001-V, A.J.D.A. 2001.480.

¹²⁶ Marie PICARD, *Le principe de laïcité et son application aux agents des services publics*, (2002) *Cahiers de la fonction publique et de l'administration* 7.

¹²⁷ *Lautsi et autres c. Italie* [GC], n° 30814/06, § 55, CEDH 2011, par. 67.

¹²⁸ *Id.*, par. 69 et 70.

¹²⁹ *Ibanez v. Florida Dep't of Bus. And Prof'l Regulation*, 512 U.S. 136, 144 (1994).

¹³⁰ *Branti v. Finkel*, 445 U.S. 507 (1980).

¹³¹ *Rutan v. Republican Party of Illinois*, 497 U.S. 62 (1990).

¹³² *Branti v. Finkel*, préc., note 130.

¹³³ *Rutan v. Republican Party of Illinois*, préc., note 131.

¹³⁴ *Loi établissant les balises encadrant les demandes d'accommodement dans l'Administration gouvernementale et dans certains établissements*, préc., note 120.

¹³⁵ Gérard BOUCHARD et Charles TAYLOR, *Fonder l'avenir: le temps de la conciliation*, Rapport de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, Québec, 2008.

couvert lors d'une prestation, ce qui fait évidemment référence à la burqa et au niqab.

Bien que l'obligation de neutralité de l'État ne semble pas se retrouver formellement consacrée dans des dispositions législatives ou constitutionnelles, le juge Lebel affirme dans une opinion dissidente qu'une telle obligation existe, et que son application est pertinente pour apprécier l'obligation de corps publics d'assister activement des groupes religieux afin de créer un cadre favorable à la diversité des croyances¹³⁶. Le principe de neutralité pourrait donc constituer une limite à la liberté de religion dans le contexte précis d'une obligation positive de l'État en matière religieuse.

3. Préjudice ou atteinte aux droits d'autrui

Comme le précise le juge Iacobucci dans l'arrêt *Amsalem*, « une conduite susceptible de causer préjudice aux droits d'autrui ou d'entraver l'exercice de ces droits n'est pas automatiquement protégée »¹³⁷, et ce, même s'il est prouvé que cette conduite est tributaire d'une croyance sincère à caractère religieux¹³⁸. En fait, l'incidence sur les droits d'autrui est un facteur qui doit être étudié dans tous les cas et qui aura pour objet de pondérer la protection accordée en vertu du droit à la liberté de religion. Comme toujours, cette limitation variera en intensité en fonction des juridictions.

Au Canada, cette limitation a fait l'objet de plusieurs arrêts, notamment en ce qui a trait aux droits de l'enfant. Dans *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*¹³⁹, il était question du refus des parents d'un nouveau-né qu'il subisse une transfusion sanguine, ce traitement étant interdit chez les Témoins de Jéhovah. Le cœur de la question portait sur la justification d'une atteinte au droit à la vie et à la sécurité d'un enfant, encore incapable de porter un jugement sur la situation, du fait des convictions religieuses des parents. Selon la Cour suprême, le droit à la liberté de religion « ne protège pas la conduite qui empiète sur les droits à la vie et à la sécurité de la personne que l'art. 7 garantit à un enfant en bas âge »¹⁴⁰. Ainsi, la juge McLachlin écrivait, dans l'arrêt *Young*, que :

« Il est indubitable que la conduite qui comporte pour l'enfant un risque de préjudice ne serait pas protégée. Comme je l'ai souligné précédemment, l'expression et les commentaires à caractère religieux d'un parent qui sont jugés contraires à l'intérêt de l'enfant le seront souvent parce que celui-ci risque d'en subir un préjudice. Si c'est le cas, il est clair que la garantie de liberté de religion ne peut offrir aucune protection. »¹⁴¹

La question de l'atteinte au droit d'autrui est également au cœur de l'arrêt *Multani*¹⁴², dans lequel il est question de l'interdiction du port du kirpan dans une école publique. Comme l'indique le juge Lebel, cet arrêt « met en jeu [...]

¹³⁶ *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine*, [2004] 2 R.C.S. 650, par. 68 (j. LeBel).

¹³⁷ *Syndicat Northcrest c. Amsalem*, préc., note 1, par. 62.

¹³⁸ *Id.*

¹³⁹ *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315.

¹⁴⁰ *Id.*, par. 232.

¹⁴¹ *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, 122.

¹⁴² *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, préc., note 100.

la garantie constitutionnelle de liberté de religion et le droit à la sécurité des enfants et autres personnes fréquentant des établissements scolaires, droit que protège l'art. 7 de la *Charte canadienne*»¹⁴³. Même si c'est au niveau du critère de l'atteinte minimale que la question a été tranchée¹⁴⁴, la preuve d'une atteinte claire au droit à la sécurité des autres élèves aurait certainement eu un impact considérable sur le sort de cette affaire. À *coup sûr*, le simple fait que l'appelant n'ait d'autre choix que de respecter certaines conditions afin de porter son kirpan à l'école¹⁴⁵ constitue une limitation de son droit à la liberté de religion, puisque la manière d'extérioriser sa religion est ainsi encadrée et justifiée par le droit à la sécurité.

Le fait que la manifestation d'une croyance puisse porter préjudice à autrui constitue également une limitation du droit à la liberté de religion en droit français. Par exemple, le Conseil d'État a rejeté un recours à l'encontre d'une décision du directeur des actions sociales du Doubs qui refusait l'adoption d'un pupille de l'État par un couple de témoins de Jéhovah s'opposant à la transfusion sanguine, se fondant sur «l'insuffisance des garanties offertes en ce qui concerne l'accueil d'un enfant»¹⁴⁶. Cette limitation a également pesé lourd dans un autre arrêt du Conseil d'État, dans lequel la Cour a refusé d'allouer à l'*Association chrétienne Les Témoins de Jéhovah* le statut d'association culturelle¹⁴⁷. En l'espèce, la cour a

considéré que «les activités menées par l'association [...] ne confèrent pas dans leur ensemble [...] en raison de l'objet ou de la nature de certaines d'entre elles, le caractère d'une association culturelle au sens de la *loi du 9 décembre 1905* [...]»¹⁴⁸. En fait, il semble que la Cour ne voulait pas accorder légitimité à un organisme dont certaines des pratiques pouvaient s'avérer potentiellement dangereuses pour autrui. De plus, attribuer ce statut aurait pu être perçu comme le cautionnement par la Cour de ces mêmes pratiques.

4. Domaines qui justifient une limitation de la part de l'État

Certaines circonstances, de par leur nature, permettent à l'État d'imposer des limitations à la liberté de religion. De telles limitations seraient par ailleurs difficilement justifiables en dehors de ces contextes particuliers. Par exemple, dans les prisons et dans l'armée, les individus vont parfois se voir imposer des limites à leurs droits qui peuvent se justifier compte tenu des circonstances. Ainsi, les tribunaux seront plus disposés à accepter les restrictions de l'État à l'endroit de la liberté de religion dans ces cas spéciaux.

a. L'armée

En traitant des droits et libertés des militaires, la Cour européenne des droits de l'homme parle d'un «system of military discipline that by its very nature implied the possibility of placing certain of the rights and freedoms of the mem-

¹⁴³ *Id.*, par. 145.

¹⁴⁴ *Id.*, par. 77.

¹⁴⁵ *Id.*, par. 8.

¹⁴⁶ Cons. d'Ét. 24 avril 1992, n° 110178, *Recueil Lebon*.

¹⁴⁷ Cons. d'Ét. Ass., 1^{er} fév. 1985, *Association chrétienne les témoins de Jéhovah de*

France, A.J.D.A. 1985, *JurisData*: 1985 040130.

¹⁴⁸ *Id.*, p. 2.

bers of these forces limitations incapable of being imposed on civilians»¹⁴⁹. Les juges reconnaissent donc que toute personne qui entre dans les forces armées fait le choix d'accepter que ses droits soient restreints suivant les exigences de la discipline militaire. Dans ce contexte, la Cour européenne a approuvé la mise à la retraite obligatoire d'un colonel de l'armée turque parce que son comportement et ses attitudes faisaient transparaître son adhésion à des croyances islamiques fondamentalistes et illégales¹⁵⁰. Aux États-Unis, la Cour suprême a aussi restreint la liberté de religion dans un contexte militaire en maintenant une interdiction de porter une kippa (ou tout autre signe religieux qui recouvre la tête)¹⁵¹.

b. Les prisons

Les tribunaux sont aussi plus permissifs à l'idée de limiter les droits des prisonniers. Aux États-Unis, la Cour suprême a considéré qu'un directeur de prison, compte tenu des ressources et des circonstances, avait raison de soutenir qu'il serait trop exigeant pour le personnel de permettre aux détenus de confession musulmane de participer à la cérémonie hebdomadaire du Jumu'ah, même s'il leur était permis de prendre part à certains autres rituels¹⁵². En Europe, la Commission européenne

des droits de l'homme a justifié par l'ordre public l'obligation pour les détenus d'être vêtus d'uniformes¹⁵³ ainsi que de se raser la tête, malgré les croyances religieuses¹⁵⁴.

c. Les écoles

En France, l'école publique constitue un lieu dans lequel l'État détient une certaine légitimité pour limiter le droit à la liberté de religion des élèves et des étudiants. Dans un avis du 27 novembre 1989, le Conseil d'État a considéré que la manifestation extérieure de la religion d'un élève « n'est pas par [elle]-même incompatible avec le principe de laïcité », mais qu'il serait possible de la limiter « dans la mesure où [elle] ferait obstacle à l'accomplissement des missions dévolues par le législateur au service public de l'éducation [...] »¹⁵⁵. La limitation serait donc justifiée par un intérêt de l'État en matière d'éducation. L'article premier de la loi du 15 mars 2004 a confirmé cette tendance: « Dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit »¹⁵⁶. Cette interdiction a été validée par le Conseil d'État, qui a précisé, toutefois, que celle-ci ne viserait que les signes manifestement ostentatoires, comme le foulard islamique, la

¹⁴⁹ *Engel and others v. The Netherlands*, judgement of 8 June 1976, series A n° 22, dans Renáta Uitz, *Freedom of Religion*, Council of Europe Publishing, 2007, p. 140 et 141.

¹⁵⁰ *Kalaç c. Turquie*, préc., note 73.

¹⁵¹ *Goldman v. Weinberger*, 475 U.S. 503, 507 (1986).

¹⁵² *O'Lone v. Estate of Shabazz*, 482 U.S. 342, 348 (1987).

¹⁵³ *X. v. United Kingdom*, n° 8231/78, Decisions and reports 28, p. 5.

¹⁵⁴ *X. v. Austria*, n° 1753/63, Yearbook VIII (1965) 174, 184.

¹⁵⁵ Avis du Conseil d'État 27 nov. 1989, n° 346893, EDCE 1990.239.

¹⁵⁶ Codifié à l'article L. 141-5-1 du Code de l'éducation.

kippa, le keshi sikh ou une grande croix, et non les « signes religieux discrets »¹⁵⁷.

d. Le zonage municipal

Le zonage municipal et les règles liées à l'urbanisme peuvent également constituer des limitations à la liberté de religion. Comme le précise un auteur, le règlement de zonage vise « avant tout à contrôler les usages mais aussi à minimiser les effets néfastes d'un usage sur les propriétés voisines ou sur la collectivité dans son ensemble »¹⁵⁸. Ainsi, une ville peut interdire la construction d'un lieu de culte dans un espace donné. Il existe plusieurs illustrations de ces limitations dans la jurisprudence.

À titre d'exemple, la Cour de cassation de France a contraint un individu à détruire la croix lumineuse de 7.38 mètres de haut qu'il avait construite en bordure de son champ en violation d'un règlement interdisant la construction d'un édifice autre qu'agricole¹⁵⁹. La Cour a considéré que, bien qu'il s'agisse d'une limitation à son droit à la liberté de religion, son droit ne fut pas violé car « la suppression de ladite croix n'aurait nullement pour effet d'empêcher Dominique X... d'exercer son culte ou de porter atteinte à sa liberté de conscience »¹⁶⁰.

Dans l'arrêt *Congregation of the Followers of the Rabbis of Belz to Strengthen Torah c. Val-Morin*¹⁶¹ de la Cour d'appel

du Québec, dont la requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême a été rejetée, il était question du non-respect d'un règlement de zonage par une congrégation de juifs orthodoxes hassidiques qui utilisait deux chalets à des fins religieuses dans une zone résidentielle. Après avoir rappelé que le droit à la liberté de religion ne constitue pas un droit absolu¹⁶², le juge Dufresne a admis que le zonage résidentiel constituait une entrave à ce droit, quoique minime¹⁶³. Rappelons que, comme l'a précisé la juge Wilson dans ses motifs de dissidence dans l'arrêt *Jones*, « l'alinéa 2a) [de la Charte canadienne] n'oblige pas le législateur à n'entraver d'aucune manière la pratique religieuse. L'action législative ou administrative dont l'effet sur la religion est négligeable, voire insignifiant, ne constitue pas [...] une violation de la liberté de religion »¹⁶⁴. Ensuite, il n'y aurait pas violation du droit en l'espèce, dans la mesure où le règlement prévoyait d'autres zones à l'intérieur desquelles les constructions à vocation religieuse étaient permises, et qu'il y avait absence de preuve indiquant l'impossibilité pour la congrégation de s'installer dans l'une de ces zones¹⁶⁵.

¹⁵⁷ Cons. d'Ét., 5 déc. 2007, *M. et Mme Ghazal et M. Singh*.

¹⁵⁸ Marc-André LECHASSEUR, *Le zonage en droit québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2006, p. 57.

¹⁵⁹ Crim. 8 mars 2005, n° 04-81.226.

¹⁶⁰ *Id.*

¹⁶¹ *Congregation of the Followers of the Rabbis of Belz to Strengthen Torah c. Val-*

Morin (Municipalité de), 2008 QCCA 577.

¹⁶² *Id.*, par. 28.

¹⁶³ *Id.*, par. 46.

¹⁶⁴ *R c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284.

¹⁶⁵ *Congregation of the Followers of the Rabbis of Belz to Strengthen Torah c. Val-Morin (Municipalité de)*, préc., note 161, par. 41.

*
* * *

Plusieurs constats résultent de notre étude. D'abord, dans les juridictions étudiées qui sont toutes héritières des traditions juridiques occidentales, la religion se comprend de plus en plus, bien qu'à des degrés variables, comme un phénomène humain profondément intime qui se doit d'être évalué subjectivement. La pertinence de la conformité d'une croyance aux doctrines religieuses ou aux dogmes officiels d'une communauté est donc remise en question ; l'important est plutôt de savoir si l'individu adhère sincèrement à une croyance religieuse. Quoiqu'on en pense, cette approche subjective a pour effet d'assimiler la religion à une simple croyance, à tel point qu'il a même été proposé d'abandonner le terme « religion » au profit de la notion de « croyance »¹⁶⁶. Cette conséquence est le résultat d'une volonté des tribunaux de protéger le droit à la liberté de religion à la fois uniformément et largement, ce qui implique de mettre l'accent sur la religion dans son expression la plus fondamentale. Enfin, lorsqu'une croyance religieuse implique des pratiques inacceptables aux yeux de la société, les tribunaux peuvent justifier la limitation de ce droit en invoquant les valeurs auxquelles ces pratiques se heurtent.

¹⁶⁶ Nathaniel STINNETT, « Defining Away Religious Freedom in Europe: How Four Democracies Get Away With Discriminating Against Minority Religions », (2005) 28 *B.C. Int'l & Comp. L. Rev.* 429.