

ETUDE DOCTRINALE

LA NEUTRALITÉ RELIGIEUSE DES FONCTIONNAIRES AU QUÉBEC ET EN BELGIQUE. ENJEUX CONSTITUTIONNELS

PAR

DAVID KOUSSENS,
XAVIER DELGRANGE
ET
BERTRAND LAVOIE*

1. La nécessité de respecter la liberté de conscience et de religion et l'égalité des citoyens impose à l'administration d'observer un principe de neutralité, qui contraint la liberté d'expression des fonctionnaires. En matière de neutralité, la distinction cardinale s'établit entre une neutralité dans l'action, qualifiée d'inclusive, et une neutralité dans l'apparence, qualifiée d'exclusive⁽¹⁾. En vertu de la première, la liberté des agents doit être préservée au maximum, tout en veillant à ce que les citoyens soient protégés de toute discrimination. Selon la seconde, l'agent ne doit pas seulement être neutre mais en avoir l'apparence, notamment en s'abstenant de toute expression convictionnelle.

Longtemps, le Québec et la Belgique se sont contentés d'imposer à leurs fonctionnaires une neutralité dans l'action, qui leur permettait d'exprimer leurs convictions et d'observer leurs rites dans le cadre de leurs fonctions, pour autant qu'ils traitent les usagers avec une même bienveillance et une parfaite égalité. A la faveur de réformes législatives et au gré des décisions des tribunaux, ils évoluent désormais tous deux dans le sillage de la France vers une neutralité d'apparence, qui prohibe l'exhibition de signes convictionnels, en particulier le voile.

* David Koussens est Professeur agrégé à la Faculté de Droit de l'Université de Sherbrooke et titulaire de la Chaire de recherche Droit, religion et laïcité ; Xavier Delgrange est Premier auditeur-chef de section au Conseil d'Etat de Belgique et maître de conférences à l'Université Saint-Louis-Bruxelles et à l'Université libre de Bruxelles ; Bertrand Lavoie est chercheur postdoctoral *Banting Fellow* à la Faculté de Droit de l'Université McGill.

(1) Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, « Les transformations du concept de neutralité de l'Etat. Quelques réflexions provocatrices », in J. RINGELHEIM (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 75-120, spéc. pp. 77-79 ; X. DELGRANGE, « Les cours suprêmes à l'épreuve du foulard islamique en milieu scolaire », in E. CARPANO et M.-L. BASILLEN-GAINCHE (dir.), *Quel état de droit dans une Europe en crise ?*, actes du colloque de Lyon des 11 et 12 octobre 2018, *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2019, chron. n° 55, pp. 11-28.

Les chemins empruntés sont toutefois bien différents. Au Québec, la préservation d'une grande liberté reconnue aux fonctionnaires a été développée par la jurisprudence. Après plusieurs tentatives, c'est finalement la loi du 16 juin 2019 sur la laïcité de l'Etat, qui impose cette neutralité d'apparence. Recourant à la procédure de la clause dérogatoire expresse à la *Charte canadienne des droits et libertés* de 1982 et à la *Charte québécoise des droits et libertés* de 1975, le législateur provincial assume que cette loi méconnaît certains droits fondamentaux contenus dans ces Chartes et entend se prémunir d'une censure par les juridictions. La constitutionnalité de cette loi est aujourd'hui contestée devant les tribunaux.

En Belgique, malgré plusieurs initiatives parlementaires, aucune norme législative ne consacre la neutralité d'apparence. La prohibition des signes convictionnels prospère toutefois dans l'ombre de règlements intérieurs, adoptés avec la bénédiction du Conseil d'Etat et de la Cour constitutionnelle.

Cet article, qui s'inscrit pleinement dans l'actualité judiciaire, tant au Québec qu'en Belgique, propose de mettre en comparaison les fondements constitutionnels de la neutralité dans ces deux sociétés (I), pour retracer ensuite comment tribunaux et politiques les ont interprétés pour opérationnaliser l'obligation de neutralité s'imposant aux agents de l'Etat (II).

I. FONDEMENTS CONSTITUTIONNELS DE LA NEUTRALITÉ

Tant au Canada (A) qu'en Belgique (B), le principe de neutralité imparti aux agents de l'Etat, son étendue et les modalités de sa mise en œuvre découlent d'une construction jurisprudentielle fondée sur l'interprétation de droits fondamentaux constitutionnels.

A. Le principe de neutralité au Canada

2. Au Canada, le principe de neutralité religieuse de l'Etat a longtemps procédé d'une construction jurisprudentielle, aucun texte législatif ne l'ayant affirmé avant l'adoption d'une récente loi québécoise du 18 octobre 2017 (2). C'est donc à partir de l'interprétation de la liberté de conscience et de religion (article 2a) (3), puis du droit à l'égalité (article 15) (4) — et par conséquent du

(2) *Loi favorisant le respect de la neutralité religieuse de l'Etat et visant notamment à encadrer les demandes d'accommodements pour motif religieux dans certains organismes*, (2017) L.R.Q., art. 11. Voy. not. D. KOUSSENS et B. LAVOIE, « Fondements et effets socio-juridiques de la loi du 18 octobre 2017 favorisant le respect de la neutralité religieuse au Québec », *Revue du droit des religions*, 2018/6, pp. 117-137.

(3) La *Charte canadienne des droits et libertés* (ci-après : Charte canadienne) est contenue dans la Partie I (articles 1 à 34) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, R-U, (annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*), 1982. L'article 2a) se lit ainsi : « 2. : [Libertés fondamentales]. Chacun a les libertés fondamentales suivantes : a) liberté de conscience et de religion ».

(4) Le paragraphe 1 de l'article 15 se lit ainsi : « 15 (1) [Égalité devant la loi, égalité de bénéfice et protection égale de la loi]. La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute

principe de non-discrimination —, deux droits constitutionnellement garantis dans la Charte canadienne de 1982, que les tribunaux canadiens ont progressivement imposé cette obligation à l'Etat (5). Ce principe interdit ainsi aux pouvoirs publics de privilégier ou de défavoriser une religion par rapport à une autre. Il s'oppose également à ce que l'Etat favorise ou défavorise les confessions religieuses par rapport à l'athéisme ou l'agnosticisme (6).

La première décision que la Cour suprême du Canada (ci-après CSC) rend en application de la liberté de la conscience et de religion, désormais enchâssée dans la Charte canadienne, est la décision *R. c. Big M Drug Mart Ltd* (7) du 24 avril 1985. La CSC y indique sous la plume du juge Dickson que :

« La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte. Si une personne est astreinte par l'état ou par la volonté d'autrui à une conduite que, sans cela, elle n'aurait pas choisi d'adopter, cette personne n'agit pas de son propre gré et on ne peut pas dire qu'elle est vraiment libre. L'un des objectifs importants de la Charte est de protéger, dans des limites raisonnables, contre la coercition et la contrainte. La coercition comprend non seulement la contrainte flagrante exercée, par exemple, sous forme d'ordres directs d'agir ou de s'abstenir d'agir sous peine de sanction, mais également les formes indirectes de contrôle qui permettent de déterminer ou de restreindre les possibilités d'action d'autrui. La liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience » (8).

La Cour ajoute :

« Une majorité religieuse, ou l'Etat à sa demande, ne peut, pour des motifs religieux, imposer sa propre conception de ce qui est bon et vrai aux citoyens qui ne partagent pas le même point de vue. La Charte protège les minorités religieuses contre la menace de "tyrannie de la majorité" » (9).

discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques ».

(5) J. WOEHRLING, « Neutralité de l'Etat et accommodements : convergence ou divergence ? », *Options politiques*, 2007, vol. 28, n° 8, p. 22 ; J. WOEHRLING, « Les fondements et les limites de l'accommodement raisonnable en milieu scolaire », in M. MC ANDREW, M. MILOT, J.-S. IMBEAULT et P. EID (dir.), *L'accommodement raisonnable et la diversité religieuse à l'école publique. Normes et pratiques*, Montréal, Fides, 2008, p. 50.

(6) J. WOEHRLING, « Neutralité de l'Etat et accommodements : convergence ou divergence ? », *op. cit.*, p. 22.

(7) *R. c. Big M Drug Mart Ltd*, [1985] 1 R.C.S. 295. En l'espèce, la requérante contestait la légalité de la *Loi sur le Dimanche* en vertu de laquelle elle ne pouvait s'exercer au commerce de marchandises ce jour de la semaine.

(8) *Ibidem*, par. 95.

(9) *Ibidem*, par. 96.

Si la Cour souligne clairement dans cette première décision « qu’une “inégalité destructrice de la liberté de religion” pouvait découler du fait de protéger une religion sans accorder la même protection aux autres religions [, Pierre Bosset rappelle néanmoins ici que malgré (...)] la mention de l’inégalité qui figure dans ce passage datant de 1985, la norme d’égalité n’a pas réellement joué de rôle déterminant dans cette décision fondatrice, puisque les dispositions de l’article 15 de la Charte n’étaient pas encore entrées en vigueur au moment des faits »(10). L’obligation de neutralité religieuse de l’Etat se fonde donc bien, dans un premier temps, sur le seul article 2a), soit la liberté de conscience et de religion. Ce n’est que dans un second temps que la Cour prendra également appui sur le principe d’égalité pour la justifier. C’est notamment ce que l’on observe dans la décision *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Village de Lafontaine* du 30 juin 2004 où le juge LeBel — dissident, mais dont l’opinion sera reprise ultérieurement par la Cour suprême — estime que la liberté de conscience et de religion « impose à l’Etat et aux pouvoirs publics une obligation envers l’ensemble des religions et des citoyens, soit une obligation de neutralité religieuse garante de la tolérance individuelle ou collective, préservatrice de la dignité de chacun et de l’égalité de tous »(11).

3. Après un regard rapide sur ces jurisprudences, on pourrait penser que le principe de neutralité n’aurait finalement émergé que récemment au Canada, à la faveur du travail interprétatif des droits garantis depuis 1982 dans la Charte canadienne. Il n’en est cependant rien, comme le rappelle à plusieurs reprises la Cour suprême du Canada. Pour reprendre à nouveau les mots du juge LeBel sous la décision *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine* précitée, « cette neutralité est apparue au terme d’une longue évolution historique, commune à beaucoup de pays partageant aujourd’hui les traditions démocratiques occidentales »(12). Si certains pans du droit canadien ont bien été élaborés à partir d’une matrice chrétienne, les juges rappellent néanmoins régulièrement que l’histoire constitutionnelle du Canada se caractérise par une dissociation progressive des normativités religieuses et civiles, pour mieux garantir la liberté de conscience et de religion et, par extension, endosser une obligation de neutralité(13).

Cette obligation de neutralité religieuse de l’Etat a également été énoncée par plusieurs juridictions ou instances de contrôle québécoises, non plus en se fondant sur la Charte canadienne, mais sur les dispositions référant également dans leurs décisions à cette obligation de l’Etat en se fondant sur les dispositions de la *Charte québécoise des droits et libertés* (ci-après : *Charte québécoise*) de 1975.

(10) P. BOSSET, « La neutralité de l’Etat en matière religieuse : méandres d’une notion », *Revue juridique Thémis*, 2018, vol. 51, n° 2-3, p. 312.

(11) *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, 2004 CSC 48, [2004] 2 R.C.S. 650, par. 65.

(12) *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, para. 66.

(13) Voy. aussi, par ex., les propos de la juge Abella dans *Bruker c. Marcovitz*, 2007 CSC 54, para. 120.

Tant les décisions du tribunal des droits de la personne que celles de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse s'appuient ici sur les deux principes de liberté de religion (article 3(14)) et de non-discrimination (article 10(15)) de la *Charte québécoise*. C'est notamment le cas de la décision *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Laval* rendue par le Tribunal des droits de la personne en 2006 où la juridiction énonce expressément l'obligation de neutralité de l'Etat pour interdire la pratique de la prière au conseil municipal de la ville de Laval(16), décision ayant permis d'« établir[r], en droit québécois, le principe de neutralité religieuse de l'Etat aux fins d'assurer la jouissance en pleine égalité de la liberté religieuse de tous »(17).

4. Le principe d'égalité, en droit canadien(18), vise à protéger les personnes physiques de la discrimination, selon les motifs énumérés(19) ou analogues(20)

(14) L'article 3 de la Charte québécoise se lit ainsi : « 3. Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association ».

(15) L'article 10 de la *Charte québécoise* se lit ainsi : « 10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, l'identité ou l'expression de genre, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans les mesures prévues par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap ».

(16) Tribunal des droits de la personne, *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Laval (Ville de)*, 2006 QCTDP 17 (CanLII). En l'espèce, une requérante avait contesté la pratique de la prière avant l'ouverture des séances du conseil municipal de la ville de Laval, arguant que de telles pratiques étaient discriminatoires à l'endroit des citoyens qui n'étaient pas de confession catholique.

(17) Tribunal des droits de la personne. 2009. *Bilan des activités 2008/2009*. [en ligne] http://www.tribunaux.qc.ca/tdp/BilanActivites/Bilan2008-09_finalEgzakt.pdf. Concernant la Commission des droits de la personne, voy. not. CDPDJ, *Examen de la conformité du cours d'éthique et de culture religieuse à la Charte*, Cat. 2.120-4.22, 2008, p. 5 (« L'Etat se doit de demeurer neutre par rapport aux religions, non seulement pour préserver la liberté de religion et de conscience, mais également, et tout autant, en vertu du droit à l'égalité sans discrimination fondée sur la religion protégé par les chartes québécoise et canadienne »). Voy. égal., dans le même sens, CDPDJ, *Document de réflexion. La Charte et la prise en compte de la religion dans l'espace public*, Cat. 2.113-2.11, 2008, p. 15.

(18) Des différences existent entre le droit à l'égalité prévu à la *Charte québécoise* (art. 10) et à la *Charte canadienne* (art. 15). En effet, il convient de mentionner que la *Charte québécoise* ne fait pas de l'égalité un droit fondamental. Contrairement à la *Charte canadienne*, la *Charte québécoise* ne protège pas le droit à l'égalité en soi, mais plutôt comme une modalité des droits et libertés. Il est protégé que dans l'exercice des autres droits et libertés garantis par la *Charte québécoise*. Le droit à l'absence de discrimination ne peut donc pas à lui seul fonder un recours et droit nécessairement être rattaché à un autre droit. Voy. *Québec (Ville de) c. CDP*, [1989] RJQ 831 (Cour d'appel du Québec) ; *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1994] RJQ 1227 (Cour d'appel du Québec). De plus, il faut dire que la législation en matière de droit de la personne en vertu de la Charte québécoise est assujettie à l'obligation de conformité aux normes constitutionnelles, dont celles énoncées dans la *Charte canadienne*. La *Charte québécoise* s'interprète à la lumière de la *Charte canadienne* et des autres lois canadiennes en matière de droit de la personne. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665 (CSC 27). Voy. H. BRUN, P. BRUN et F. LAFONTAINE, *Chartes des droits de la personne. Législation. Jurisprudence. Doctrine*, 31^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2018, p. 915.

(19) Tel que mentionné plus haut, les motifs énumérés à la *Charte canadienne* sont les suivants : la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(20) Afin de conserver son caractère vivant et évolutif, la jurisprudence constitutionnelle portant sur le droit à l'égalité a intégré la notion de « motif analogue » afin de répondre à des formes de

de la *Charte canadienne*, au sein de laquelle figure bien sûr le motif de la religion — à titre de motif énuméré. La finalité du droit à l'égalité est de protéger les citoyens contre les distinctions discriminatoires d'une loi, en ce sens où cette distinction — fondée sur un motif énuméré ou analogue — doit, soit priver quelqu'un d'un bénéfice de la loi ou engendrer un fardeau plus grand quant aux différentes opportunités pouvant s'offrir à lui (21). Dans une décision importante sur le droit à l'égalité — l'arrêt *Withler*, en 2011 —, la Cour suprême du Canada a simplifié le test visant à établir le bien-fondé d'une atteinte portée à l'article 15 ; test élaboré plus tôt dans l'arrêt *Law* en 1999. Ce test, en deux volets, reste à ce jour la principale méthode juridique afin d'analyser une atteinte au droit à l'égalité au Canada. Les tribunaux doivent, à titre d'analyse d'une telle atteinte, se poser ces deux questions — représentant les deux volets du test — : premièrement, la loi crée-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue ? ; deuxièmement, la distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou d'un stéréotype ?

Les deux notions importantes de ce test sont celles de *a)* désavantage et de *b)* préjugé/stéréotype. L'égalité signifie *a)* au moins qu'un individu ou un groupe d'individus ne doit pas être traité plus durement qu'un autre en vertu de la loi, d'où la présence ou l'absence de désavantage créé ou non par la loi. En droit canadien, l'égalité promeut la valeur selon laquelle tous sont sujets aux mêmes exigences et aux mêmes obligations en vertu de la loi et que nul ne doit supporter un inconvénient plus grand que les autres en raison du fondement ou de l'application de la loi (22). L'égalité signifie également *b)* l'absence de distinction fondée sur des préjugés ou des stéréotypes, soit l'existence de désavantages historiques ou sociologiques qui peuvent démontrer que la loi impose à une personne ou à un groupe de personnes un fardeau qu'elle n'impose pas à d'autres (23).

Ainsi, si l'on réussit à répondre à ces deux volets du test, on aura alors établi une atteinte au droit à l'égalité. Selon le paragraphe 52 (1) (24) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui affirme la primauté de toute la Constitution — incluant l'article 15 portant sur le droit à l'égalité —, l'atteinte au droit à l'égalité rend alors la loi inopérante, à moins que le législateur puisse justifier

discriminations qui n'ont pas été envisagées par les constituants en 1982. Comme le mentionnent H. BRUN *et al.*, « pour qualifier d'analogue un motif de distinction, il faut que celui-ci réfère non pas au mérite des personnes mais plutôt à des caractéristiques personnelles immuables ou encore modifiables uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle » (voy. H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, Yvon Blais, Cowansville, 2008, p. 1166). Par exemple, l'orientation sexuelle a été considérée comme un motif analogue (*Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493).

(21) *Law c. Canada*, [1999] 1 R.C.S. ; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143 (CSC) ; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12-396.

(22) *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296.

(23) *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12-396, par. 64.

(24) Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* se lit ainsi : 52. [Primauté de la Constitution du Canada]. La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada ; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

l'atteinte — nous discuterons plus loin des critères à rencontrer afin de justifier une atteinte aux droits et libertés. Dans ce contexte juridique, l'absence d'affirmation par le législateur — fédéral ou provincial — du principe de neutralité religieuse de l'Etat, et par extension des fonctionnaires, n'a pas été sans influence sur la façon dont s'est articulé le débat législatif québécois sur la laïcité au cours des dernières années.

B. *Le principe de neutralité en Belgique*

5. S'agissant de la consécration de la neutralité, l'évolution est très comparable en Belgique. Si la Constitution de 1831 ne consacre pas explicitement le principe de neutralité ou de laïcité de l'Etat — mis à part en matière d'enseignement depuis la révision constitutionnelle de 1988 —, celui-ci se déduit, tout comme au Canada, des dispositions constitutionnelles consacrant le principe d'égalité et la liberté notamment religieuse. Selon l'assemblée générale de la section du contentieux du Conseil d'Etat :

« Il ressort de nombreuses dispositions constitutionnelles (principe d'égalité et de non-discrimination, égal exercice des droits et libertés par les femmes et par les hommes, indépendance des cultes et de l'Etat notamment) que le constituant a entendu ériger notre Etat en un Etat dans lequel l'autorité se doit d'être neutre, parce qu'elle est l'autorité de tous les citoyens et pour tous les citoyens et qu'elle doit, en principe, les traiter de manière égale, sans discrimination basée sur leur religion, leur conviction ou leur préférence pour une communauté ou un parti. En raison de ce motif, il est attendu des agents des pouvoirs publics que, dans l'exercice de leurs fonctions, ils observent strictement, à l'égard des citoyens, les principes de neutralité et d'égalité des usagers [...].

La neutralité de l'autorité publique est donc un principe fondamental, qui transcende et garantit notamment les convictions de chacun » (25).

Les différents arrêtés réglant le statut des agents fédéraux, communautaires et régionaux se concentrent davantage sur le respect du principe d'égalité que sur les restrictions aux libertés des agents (26). Ainsi, en 2005, exposant le devoir de neutralité, Frédéric Gosselin écrit : « les agents traitent les usagers de leur service sans aucune discrimination. Cette obligation se retrouve dans tous les statuts, et interdit tout comportement partisan ou arbitraire » (27).

(25) C.E., arrêt XXX, n° 223.042 du 27 mars 2013, VI.2.6.

(26) S. VAN DROOGHENBROECK, « La neutralité des services publics : outil d'égalité ou loi à part entière ? Réflexions inabouties en marge d'une récente proposition de loi », in H. DUMONT, P. JADOUL, B. LOMBAERT, F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le service public, 2. Les "lois" du service public*, Bruxelles, la Charte, 2009, pp. 231-298, spéc. p. 231.

(27) F. GOSSELIN, « Les droits et devoirs des fonctionnaires », *A.P. (T.)*, 2005/3-4, numéro spécial *La fonction publique en Belgique*, pp. 207-215, spéc. p. 212.

Il faudra attendre une réforme de 2007 pour que le vénérable statut Camu de 1937 intègre, dans la fonction publique fédérale, l'exigence de neutralité :

« L'agent de l'Etat traite les usagers de ses services avec bienveillance. Dans la manière dont il répond aux demandes des usagers ou dont il traite les dossiers, il respecte strictement les principes de neutralité, d'égalité de traitement et de respect des lois, règlements et directives.

Lorsqu'il est, dans le cadre de ses fonctions, en contact avec le public, l'agent de l'Etat évite toute parole, toute attitude, toute présentation qui pourraient être de nature à ébranler la confiance du public en sa totale neutralité, en sa compétence ou en sa dignité » (28).

Les Gouvernements communautaires et régionaux en sont restés à l'exigence de non-discrimination (29). Différentes initiatives parlementaires ont été prises afin de prohiber le port de signes convictionnels par les fonctionnaires. Aucune n'a toutefois abouti (voy. *infra*, n° 25) (30). D'autres initiatives tendent à inscrire le principe de laïcité ou de neutralité dans la Constitution, l'un des objectifs poursuivis étant de permettre plus facilement au législateur de prohiber le port de signes convictionnels dans la fonction publique et à l'école (31). Pour l'heure, ces initiatives sont demeurées sans suite (voy. *infra*, n° 29).

Actuellement, aucune norme législative ou réglementaire d'interdiction n'a donc été adoptée (voy. *infra*, n° 15).

(28) Article 8, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'Etat, tel que modifié par l'arrêté royal du 14 juin 2007. Dans sa version antérieure issue de l'arrêté royal du 22 décembre 2000, cette disposition était rédigée comme suit : « Les agents de l'Etat traitent les usagers de leurs services avec compréhension et sans aucune discrimination ».

(29) Ainsi, l'article 2, § 2, du Code de la fonction publique wallonne, dispose toujours : « Les agents traitent les usagers de leur service avec compréhension et sans aucune discrimination. Ils garantissent aux usagers l'égalité de traitement sans distinction fondée notamment sur la nationalité, le sexe, l'origine sociale ou ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ». L'article 19 du Code de déontologie des membres du personnel des Services du Gouvernement de la Communauté française, dispose : « Le membre du personnel traite l'utilisateur avec courtoisie, respect, compréhension et sans aucune discrimination, en respectant les principes démocratiques énoncés notamment par la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ». Au nord du pays, c'est à la bienveillance que les fonctionnaires sont invités : « Le membre du personnel exerce sa fonction de façon bienveillante envers les clients de son entité » (article II.5. de l'arrêté du Gouvernement flamand du 13 janvier 2006 fixant le statut du personnel des services des autorités flamandes, traduction de : « Het personeelslid behandelt de klanten van zijn entiteit welwillend »).

(30) Voy. C. MATHIEU, P. DE HERT, et S. GUTWIRTH, « Le port de signes convictionnels par les agents publics », in M.-C. FOLETS et J.-Ph. SCHREIBER (dir.) *Regards croisés sur les assises de l'interculturalité/De Rondetafels van de Interculturaliteit/The Round Tables on Interculturalism*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 345-391.

(31) Voy. X. DELGRANGE, « Faut-il enchaîner la laïcité politique dans la Constitution belge », in X. DELGRANGE (coord.), *Les débats autour de l'inscription de la laïcité politique dans la Constitution belge, Cahiers du CIRC*, n° 2020/4, pp. 3-76 [en ligne : www.circ.usaintlouis.be/la-recherche/home-v3/les-cahiers-du-circ/].

II. QUELLE OBLIGATION DE NEUTRALITÉ POUR LES FONCTIONNAIRES DE L'ÉTAT ?

6. Comment opérationnaliser l'obligation de neutralité impartie aux agents de l'Etat ? La question n'est pas que rhétorique et alimente, tout particulièrement en contexte canadien, la chronique politique et judiciaire depuis de nombreuses années. En matière de neutralité, la distinction cardinale s'établit entre la neutralité dans l'action, qualifiée d'inclusive, et une neutralité dans l'apparence, qualifiée d'exclusive (voy. *supra*, n° 1).

Les traditions québécoises et belges se sont longtemps inscrites dans la logique de la neutralité dans l'action (A). Désormais, les deux dispositifs juridiques évoluent, par des voies différentes, vers l'imposition d'une neutralité dans l'apparence (B).

A. Neutralité dans l'action

7. Contrairement à la laïcité, cantonnée au domaine religieux, la neutralité embrasse toutes les opinions. L'obligation de neutralité des fonctionnaires est d'ordre politique (1) et religieux (2). Dans les deux cas, l'exercice de la neutralité s'apprécie dans l'action, à partir des conditions dans lesquelles l'agent de l'Etat accomplit sa mission de service aux administrés.

1. Neutralité politique

8. Au Québec, le dispositif juridique concernant la nature de l'obligation de neutralité impartie aux fonctionnaires a longtemps été lacunaire. Les principaux textes — soit la *Loi [fédérale] sur l'emploi dans la fonction publique* (32), à son article 113, et la *Loi [québécoise] sur la fonction publique* — posent le principe d'une obligation de neutralité politique. La loi provinciale dispose ainsi dans son article 10 que « le fonctionnaire doit faire preuve de neutralité politique dans l'exercice de ses fonctions », cette obligation se trouvant atténuée, par un simple devoir de « réserve dans la manifestation publique de ses opinions politiques » alors qu'il n'est pas au travail (article 11)(33).

(32) *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 12 et 13, [en ligne] <http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/p-33.01/>.

(33) *Loi sur la fonction publique*, L.R.Q., chapitre F3.1.1, [en ligne] http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/F_3_1_1/F3_1_1.html. Un document interprétatif publié par le secrétariat du Conseil exécutif précise ici que « l'obligation de réserve, qui lie le fonctionnaire quant à la possibilité pour lui de faire connaître publiquement ses opinions politiques, est plus générale, en ce sens qu'elle s'applique tant dans l'exécution de ses fonctions qu'en dehors de celles-ci. Elle ne signifie pas pour autant que le fonctionnaire, puisqu'il demeure un citoyen à part entière, doive garder le silence complet ou renoncer à sa liberté d'expression ou à l'exercice de ses droits politiques. Ainsi, rien n'interdit à un fonctionnaire d'être membre d'un parti politique, d'assister à une réunion politique ou de verser, conformément à la loi, une contribution à un parti politique, à une instance d'un parti politique ou à un candidat à une élection ». Voir L'éthique dans la fonction publique québécoise, Gouvernement du Québec, en ligne : <https://www.mce.gouv.qc.ca/publications/ethique.pdf>, p. 12.

Pendant longtemps, aucune disposition législative n'a donc porté sur l'obligation de neutralité religieuse des fonctionnaires. Par ailleurs, si la Cour suprême du Canada a bien été amenée à se prononcer à plusieurs reprises sur la question de la neutralité des fonctionnaires, ses décisions ont porté sur la question de leur neutralité politique, et non pas sur celle de leur neutralité religieuse. Pour cette raison, la Cour a toujours appuyé ses décisions sur le fondement de l'article 2b) de la *Charte canadienne* (liberté de pensée, de croyance, d'expression et d'opinion), et non pas sur celui de l'article 2a) (liberté de conscience)(34).

9. Dans la décision *Fraser c. C.R.T.F.P.* du 10 septembre 1985, tout en rappelant que « les fonctionnaires jouissent d'une certaine liberté de parole en ce qui a trait aux questions d'intérêt public », le juge en chef Dickson précisait néanmoins que « la liberté de parole ou d'expression d'un fonctionnaire n'[était] pas une valeur absolue et inconditionnelle et [pouvait] être limitée par un intérêt concurrent »(35). Dans la décision *Osborne c. Canada* du 6 juin 1991 (36), le juge Wilson rappelle ensuite que le principe de neutralité politique des fonctionnaires, qui permet d'en limiter la liberté d'expression, résulterait donc d'une « convention constitutionnelle », c'est-à-dire d'un principe démocratique qui sous-tend le système politique(37). Mais cette convention constitutionnelle n'est pas ici suffisante pour limiter systématiquement la liberté d'expression des fonctionnaires.

L'exigence de neutralité impartie aux fonctionnaires doit en effet être appréciée en fonction des circonstances. Le juge en chef Dickson avait d'ailleurs indiqué dans la décision *Fraser c. C.R.T.F.P.* qu'« un emploi dans la fonction publique comporte deux dimensions, l'une se rapportant aux tâches de l'employé et à la manière dont il les accomplit, l'autre se rapportant à la manière dont le public les perçoit ». Il en déduisait que « le degré de modération dont on doit faire preuve *dépend du poste et de la visibilité du fonctionnaire* »(38) (nous soulignons). Cet argument est repris par le juge Wilson en 1991, lui qui affirme, dans des termes qui se veulent probablement pédagogiques, qu'« appliquer à un sous-ministre et à un employé de cafétéria une norme identique [lui] paraît aller vraiment trop loin ; de plus, cela ne satisfait pas au critère selon lequel une mesure doit, dans des limites raisonnables, être soigneusement conçue pour porter le moins possible atteinte à la liberté d'expression »(39).

(34) P. GARANT, « La liberté politique des fonctionnaires à l'heure de la Charte canadienne », *Les cahiers de droit*, 1990, vol. 31, n° 2, p. 411.

(35) *Fraser c. C.R.T.F.P.*, [1985] 2 R.C.S. 455. Il ajoutait : « A mon avis, il existe au Canada une tradition semblable en ce qui a trait à notre fonction publique. La tradition met l'accent sur les caractéristiques d'impartialité, de neutralité, d'équité et d'intégrité. Une personne qui entre dans la fonction publique ou une qui y est déjà employée doit savoir, ou du moins est présumée savoir, que l'emploi dans la fonction publique comporte l'acceptation de certaines restrictions. L'une des plus importantes de ces restrictions est de faire preuve de prudence lorsqu'il s'agit de critiquer le gouvernement ».

(36) *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69.

(37) *Ibidem*.

(38) *Fraser c. C.R.T.F.P.*, [1985] 2 R.C.S. 455.

(39) *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69.

10. Au regard des décisions de la Cour suprême, la neutralité — ici politique — n'est pas une simple obligation d'ordre théorique : elle renvoie bien à la façon dont, dans l'action, l'agent de l'Etat exerce sa mission. Il s'agit là d'apprécier, très concrètement, comment il remplit son obligation de service afin de respecter des droits des administrés. Et c'est peut-être en raison de cette approche très pragmatique qu'on peut comprendre les lois et textes gouvernementaux québécois qui organisent les différents services de l'administration, et qui, sans définir l'obligation de neutralité impartie aux fonctionnaires, nous permettent néanmoins d'apprécier comment elle doit se mettre en œuvre. A titre d'exemple, la *Loi* [québécoise] *sur les services de santé et les services sociaux* qui régit les établissements du réseau de la santé impose que des prestations efficaces et efficientes soient effectuées « dans le respect des droits des usagers de ces services »(40), précisant que « le respect de l'utilisateur et la reconnaissance de ses droits et libertés doivent inspirer les gestes posés à son endroit ». L'utilisateur mérite ainsi, « dans toute intervention, [d']être traité avec courtoisie, équité et compréhension, dans le respect de sa dignité, de son autonomie, de ses besoins et de sa sécurité »(41). La *Loi sur l'instruction publique* (42) du Québec est plus explicite. Son article 37 dispose que « le projet éducatif de l'école doit respecter la liberté de conscience et de religion des élèves, des parents et des membres du personnel de l'école ».

Cette neutralité politique est fondée sur une approche contextuelle et pratique, tant sur le plan de la liberté de religion que sur le plan du droit à l'égalité. A ce sujet, la jurisprudence constitutionnelle relative au droit à l'égalité au Canada impose une analyse contextuelle et le rejet d'une approche formaliste de l'égalité. Ce déplacement conceptuel — d'une égalité formelle vers une égalité réelle — en droit canadien a pour objectif le rapprochement de l'idéal de l'égalité, où la principale considération doit être l'effet de la loi sur l'individu et le groupe concerné(43). Comme le mentionne le juge McIntyre dans la décision *Andrews*, en 1989 :

« Pour s'approcher de l'idéal d'une égalité complète et entière devant la loi et dans la loi — et dans les affaires humaines une approche est tout ce à quoi on peut s'attendre — la principale considération doit

(40) *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., c. S-4.2, art. 2(8), [en ligne] http://www.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/S_4_2/S4_2.html.

(41) *Ibidem*, art. 3(2) et 3(3).

(42) *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q., chapitre I13.3, [en ligne] http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/I_13_3/I13_3.html.

(43) *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 171 (CSC). Cela signifie que les tribunaux canadiens restent très attentifs aux effets préjudiciables de la loi sur les individus, ce qui bien sûr le cas en matière de liberté religieuse et de port de signes religieux. En droit canadien, lorsqu'il est question de mesurer l'atteinte au droit à l'égalité, c'est la « conduite discriminatoire » que vise l'article 15 de la Charte canadienne, non l'attitude ou le mobile à l'origine de la conduite. On n'a pas à faire la preuve d'une volonté de perpétuer un préjugé ou un stéréotype, c'est l'effet préjudiciable qui compte.

être l'effet de la loi sur l'individu ou le groupe concerné. Tout en reconnaissant qu'il y aura toujours une variété infinie de caractéristiques personnelles, d'aptitudes, de droits et de mérites chez ceux qui sont assujettis à une loi, il faut atteindre le plus possible l'égalité de bénéfice et de protection et éviter d'imposer plus de restrictions, de sanctions ou de fardeaux à l'un qu'à l'autre. En d'autres termes, selon cet idéal qui est certes impossible à atteindre, une loi destinée à s'appliquer à tous ne devrait pas, en raison de différences personnelles non pertinentes, avoir un effet plus contraignant ou moins favorable sur l'un que sur l'autre » (44).

11. Comme nous le verrons plus loin (*infra*, n^{os} 13-14), cette conception particulière de l'égalité en droit canadien — fondée sur une approche contextuelle, pratique et réelle — est directement en porte-à-faux avec les nouvelles orientations québécoises en matière de neutralité religieuse.

12. En Belgique, la fonction publique est dénoncée pour sa très grande politisation. Comme le relève Philippe Quertainmont :

« Spécialement en Belgique, l'Administration publique paraît traversée par deux paradigmes, l'un se rapportant au droit de la Fonction publique et aux principes de neutralité et d'impartialité consacrés par les statuts des fonctionnaires, et l'autre relevant plutôt de la sociopolitique et de l'environnement dans lequel évoluent nos administrations.

A cet égard, l'évolution de la société pluraliste et conflictuelle de la Belgique, où s'entrecroisent les contradictions philosophiques, culturelles et économiques, a façonné d'une manière particulière les rapports entre l'administratif et le politique. A la différence par exemple de la Fonction publique britannique, dont la neutralité est vue comme une réponse à l'alternance politique, le "multipartisme" non polarisé que connaît la société belge s'est traduit par des "négociations" entre les différentes familles politiques, en marge des dispositifs statutaires de recrutement et d'avancement. La politisation des administrations peut ainsi être regardée comme jouant un rôle non négligeable dans le savant système de pacification des rapports conflictuels de la société belge » (45).

L'auteur fait référence à la notion de « démocratie consociative », où « se produisent, à des degrés divers, des phénomènes de "lotissement" de l'administration par des groupes d'intérêts politiques, syndicaux ou socio-économiques soucieux de leur représentation au sein de l'administration [...]. La prépondérance du critère partisan par rapport à d'autres distinctions qui divisent

(44) *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 165 (CSC).

(45) Ph. QUERTAINMONT, « Réflexions de synthèse », *Pyramides*, 3/2001, n^o 15, *La politisation de l'administration*, <https://journals.openedition.org/pyramides/528>. *Adde*, du même auteur, « Conclusions générales », *A.P. (T.)*, 2005/3, numéro spécial *La fonction publique en Belgique*, pp. 362-376, spéc. pp. 371-372.

la société est un phénomène généralement plus fréquent dans les démocraties consociatives. La structuration des partis politiques et du paysage politique autour de ces clivages est un facteur additionnel explicatif de la politisation. Celle-ci est présente là où les piliers sont forts et institutionnalisés au sein des partis » (46).

Dans ce contexte, les dispositions statutaires requérant des fonctionnaires une neutralité politique (voy. *supra*, n° 5) demeurent souvent lettre morte et ne génèrent guère de contentieux (47).

2. Neutralité religieuse

13. Au Canada, contrairement à l'obligation de neutralité politique, l'obligation de neutralité religieuse des fonctionnaires n'a, pendant longtemps, pas été précisée par un texte législatif. Et à ce jour, seul le Québec en précise la portée depuis l'adoption de la loi du 16 juin 2019, sur laquelle nous reviendrons plus loin dans le texte. Ce sont donc les tribunaux qui ont été amenés à définir les contours de cette obligation.

14. Dans une décision *Grant c. Canada* (48) de 1995, la Cour d'appel fédérale du Canada s'est ainsi prononcée sur la compatibilité du port d'un vêtement religieux par un agent de la Gendarmerie Royale du Canada (ci-après GRC) avec l'exigence d'impartialité dévolue à sa fonction. La Cour reprend l'argumentaire élaboré par la Cour suprême dans les décisions *Fraser c. C.R.T.F.P.* et *Osborne c. Canada* pour le transposer à l'obligation de neutralité religieuse des employés de l'Etat. Elle expose :

« il existe une convention de neutralité à l'égard des forces policières du Canada, et cette convention sous-entend que leur tenue vestimentaire ne manifesterait aucune allégeance politique ou religieuse. [Elle ajoute cependant que ces conventions] sont souples et évoluent au fil des années [et qu']une convention n'est pas une garantie constitutionnelle ».

Se fondant alors sur les dispositions de la *Charte canadienne*, la Cour a validé le règlement de la GRC qui autorisait les gendarmes de confession sikhe à porter leur turban avec leur uniforme. Elle motive sa décision en réfutant l'argument d'une présomption de partialité dont pourraient faire l'objet les

(46) Ch. DE VISSCHER et G. LE BUSSY, « La politisation de la fonction publique : quelques réflexions d'ordre comparatif », *Pyramides*, 2001/3, *La politisation de l'administration*, n°s 23-24.

(47) L'on peut, tout au plus, relever le cas de ce commandant d'une base aérienne muté pour avoir dénoncé dans la presse la « flamandisation » du sommet de l'armée, n'ayant pas, aux yeux de sa hiérarchie, « adopté l'attitude qui peut être attendue d'un chef militaire en ce qui concerne le respect des institutions de l'Etat et la neutralité politique et philosophique qui est attendue des Forces armées ». Cette mutation fut suspendue par le Conseil d'Etat pour défaut d'audition de l'intéressé (C.E., arrêt *Gennart*, n° 208.596 du 29 octobre 2010).

(48) *Grant c. Canada* (Procureur général), [1995] 1 C.F. 158. Le recours initial n'avait pas été intenté par le Sikh, mais c'est un collectif de gendarmes retraités qui s'était opposé au port de signes religieux par le gendarme sikh.

agents de l'Etat arborant un signe ou un vêtement religieux. La Cour ancre son raisonnement sur la protection de la liberté de conscience garantie à tous les citoyens, dont les fonctionnaires de l'Etat. Deux fondements, l'un implicite et l'autre explicite, se trouvent au cœur de l'argumentation des juges.

Le premier, qui est implicite, se situe en amont de l'exercice par l'employé de l'Etat de ses fonctions publiques : il s'agit de l'interprétation des droits à l'égalité et à l'expression de la liberté de conscience garantis par la *Charte des droits et libertés du Canada*. Dans cette perspective, l'obligation de neutralité des fonctionnaires s'inscrit dans une dialectique entre le nécessaire respect de la liberté de conscience des usagers bénéficiaires des institutions publiques et l'obligation de non-discrimination par l'Etat à l'endroit de ceux qui voudraient œuvrer dans les institutions publiques. Concernant la protection de la liberté de conscience des « bénéficiaires » ou « usagers de l'administration », la Cour indique ainsi qu'il n'y a pas, en l'espèce, de violation de l'article 2a) de la *Charte canadienne*. Pour cela, il aurait fallu :

« prouver que l'objet religieux est de nature à restreindre le choix d'une personne de mettre en pratique ou d'exprimer ses croyances religieuses ou à obliger une personne à pratiquer ou à observer une religion qu'elle n'aurait pas choisie de son propre gré. [Or, la Cour relève que] les rapports entre un policier dont l'uniforme comporte un symbole de sa religion et un membre de la population ne portent pas atteinte à la liberté de religion de ce dernier ».

La Cour évalue ainsi les circonstances particulières au cas qui lui est présenté et contrôle l'obligation de neutralité au regard de la fonction exercée par l'employé de l'Etat. Dans ce contexte, elle souligne clairement que les « rapports [entre le policier et les membres de la population] ne sont pas nécessairement de nature religieuse ». Sur le plan de la liberté de conscience des fonctionnaires eux-mêmes, la Cour se réfère alors à la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et à l'article 15 de la Charte pour estimer que :

« lorsqu'il existe une discrimination par suite d'un effet préjudiciable, les employeurs sont tenus d'accommoder leurs employés pour en atténuer l'effet. La considération cruciale, lorsque la décision de permettre le port du turban a été prise, était d'encourager le recrutement de minorités visibles dans la GRC ».

Selon cette lecture, quelles que soient ses convictions religieuses et pourvu que l'expression de ces convictions ne trouble pas l'ordre public et ne porte pas atteinte à la liberté de conscience des citoyens, chacun est autorisé à exercer des fonctions professionnelles dans la sphère publique et à participer au fonctionnement des institutions publiques. La neutralité de l'Etat est une posture qui s'incarne bien dans les structures étatiques elles-mêmes et non dans les individus qui y collaborent. Le fonctionnaire qui arbore un signe religieux se voit ainsi couvert par une présomption de neutralité et cette présomption ne

peut être renversée que par une appréciation objective des conditions dans lesquelles il accomplit sa mission.

Le second fondement de la position de la Cour, qui est plus explicite, prend donc corps dans l'évaluation *a posteriori* de l'action du fonctionnaire qui doit exercer sa fonction de façon impartiale à l'égard des usagers de l'administration. La Cour juge ainsi que :

« rien ne prouve que quiconque ait subi une atteinte à sa liberté ou sécurité en raison du port du turban par les deux agents de la GRC, ou ait ressenti une crainte raisonnable de partialité à cause de cette atteinte ».

A ce stade, une argumentation similaire à celle des juridictions canadiennes ressort du raisonnement qu'a tenu la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (ci-après CDPDJ) dans un avis de mars 2010 relatif au port du *hijab* par une employée de la Régie de l'assurance maladie du Québec (RAMQ) :

« Le port du hijab qu'il soit considéré comme un signe religieux ou non ne semble pas dans les circonstances comporter d'élément de partialité dans la prestation de service par l'employée. *En effet, le seul fait que l'employée porte un hijab ne peut permettre de conclure que le service qu'elle doit rendre sera d'une quelconque façon affecté par ses croyances religieuses ou qu'elle imposera au client une pratique ou une norme qui serait contraire à sa liberté de conscience.* Il ne peut non plus permettre de conclure que la neutralité de l'institution publique est remise en cause puisque le service offert demeure neutre » (49) (nous soulignons).

Au final, et au regard du dispositif juridique alors en place, le conformisme vestimentaire ne peut laisser présager de la neutralité d'un fonctionnaire, celle-ci devant au contraire « se concrétiser dans l'impartialité lors de l'exercice de la fonction et de la justification des décisions rendues » (50).

15. A lire les différents statuts, la Belgique s'en tient toujours à une exigence de neutralité dans l'action de la part de ses fonctionnaires, en ce compris les enseignants et les militaires. Même les textes les plus récents tels que la version 2007 du statut fédéral (voy. *supra*, n° 5), malgré une formulation qui pourrait évoquer une exigence de neutralité d'apparence (51), n'ont pas cette vocation, selon les mots mêmes du ministre de la Fonction publique :

« Je ne vois pas en quoi le port du voile compromettrait en soi la dignité et la courtoisie. Je ne vois pas en quoi il obérerait mécaniquement

(49) Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Avis sur les directives de la Régie de l'assurance maladie du Québec en matière d'accommodement raisonnable*, Cat. 2.119-1.1, mars 2010, p. 5.

(50) M. MILOT, *La laïcité*, Coll. « 25 questions », Ottawa, Novalis, 2008, 128 pp.

(51) Certains, comme le Centre d'Action Laïque, voient dans la nouvelle formulation du statut Camu une interdiction de signes religieux (voy. C. MATHIEU, P. DE HERT et S. GUTWIRTH, « Le port de signes convictionnels par les agents publics », *op. cit.*, pp. 361-362).

le bon fonctionnement du service. Toutefois, si le port de signes religieux ou philosophiques ostentatoires devenait un problème au sein d'un service, il appartiendrait aux responsables, c'est-à-dire aux fonctionnaires dirigeants et à la ligne hiérarchique de veiller à ce que les différentes "présentations" ne nuisent pas au service » (52).

Pas même les militaires ne sont formellement astreints à la neutralité d'apparence (53). Dès lors, « même si le statut des fonctionnaires fédéraux indique une certaine réceptivité des pouvoirs publics vis-à-vis d'un devoir de neutralité "en apparence", à l'heure actuelle, les dispositions statutaires et réglementaires ne suffisent néanmoins pas à fonder une interdiction générale du port de signes convictionnels aux agents publics belges » (54).

Le Tribunal du travail francophone de Bruxelles a récemment rappelé à l'Office régional bruxellois de l'emploi (Actiris) que la législation de la Région bruxelloise n'impose pas la neutralité exclusive et que cette conception de la neutralité « ne repose pas sur le principe constitutionnel de neutralité qui, selon l'interprétation classique qui lui en est donnée, a pour seule portée d'être inclusif » (55).

B. Vers une neutralité d'apparence

16. Quand la CDPDJ rend sa décision de 2010 (voy. *supra*, n° 14), nous nous trouvons toutefois en pleine période de débat sur la laïcité au Québec, un débat engagé dans la foulée de la décision *Multani* de la Cour suprême du Canada en 2006 (voy. *infra*, n° 17), et alimenté tant par les travaux (2007-2008) menés par la Commission dite « Bouchard-Taylor » que par des événements, ponctuant l'actualité, où la visibilité d'expressions du religieux dans la sphère publique est présentée comme problème. Il s'agit d'un phénomène qui va largement contribuer à réduire la notion même de laïcité, et par conséquent les enjeux liés à la neutralité de l'Etat, à la seule question de la visibilité du religieux...

Ce phénomène est également observable, notamment en Belgique, où le fossé se creuse entre l'état de la législation et certaines pratiques administratives et certains développements jurisprudentiels.

(52) Réponse à la question écrite n° 4-3731, Sénat, 2008-2009.

(53) Recensant les devoirs des fonctionnaires de police, Ch. DE VALKENEER pointe notamment l'impartialité, la dignité et la discrétion mais ne mentionne pas la neutralité (*Manuel de l'organisation policière*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 144-148).

(54) C. MATHIEU, P. DE HERT et S. GUTWIRTH, « Le port de signes convictionnels par les agents publics », *op. cit.*, p. 365.

(55) Trib. trav. Bruxelles, ordonnance du 16 novembre 2015, 13/7828/A, n° 58, https://www.unia.be/files/Documenten/Rechtspraak/2015_11_16_trib._trav._bruxelles.pdf, publié également dans *A.P. (T.)*, 2016/4, pp. 491-516, avec extrait de l'avis de l'auditeur du travail et note d'I. RORIVE, « Etre et avoir l'air : une scénographie baroque des principes de neutralité et de non-discrimination. Commentaire de l'ordonnance du Tribunal du travail francophone de Bruxelles siégeant comme en référé du 16 novembre 2015 ». Voy., dans le même sens, le jugement du Tribunal du travail de Bruxelles du 29 avril 2020, www.unia.be/fr/jurisprudence-alternatives/jurisprudence/tribunal-du-travail-bruxelles-29-avril-2020.

1. Débats sur la neutralité et « laïcité narrative(56) »

17. La question de la neutralité religieuse des fonctionnaires n'a jamais vraiment fait l'objet de discussions avant que le Québec ne s'engage, au milieu des années 2000, dans un important débat public sur la laïcité.

En 2006, par une décision *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys* (57), la Cour suprême du Canada valide l'accommodement raisonnable qui avait été consenti à un élève de confession sikhe et qui lui permettait, si de nombreuses conditions étaient respectées, de porter son kirpan rituel dans l'enceinte de l'école publique qu'il fréquentait. Très mal reçue socialement, cette décision a semé d'importants doutes au sein de la population québécoise sur la réalité de la neutralité de l'Etat, et par conséquent, de la laïcité au Québec, devenant par là même le point de départ d'une controverse prenant une telle ampleur que le gouvernement du Québec dut se résoudre à créer une commission publique, présidée par les universitaires Gérard Bouchard et Charles Taylor (58), pour proposer un modèle de laïcité au Québec.

18. C'est dans ce contexte que l'enjeu de la neutralité religieuse des fonctionnaires se trouve happé par le débat public. Alors que la Commission Bouchard-Taylor mène ses travaux, le Conseil du statut de la femme (ci-après CSF) (59) remet un avis dans lequel il recommande que le gouvernement légifère pour interdire aux représentants et fonctionnaires de l'Etat « d'arborer [et] manifester des signes religieux ostentatoires dans le cadre de leur travail » (60). La

(56) Nous reprenons ici la distinction opérée par Alessandro Ferrari entre « laïcité narrative » et « laïcité juridique ». Ce que l'on qualifie de « laïcité narrative » correspond au récit d'un certain « idéal laïque ». La « laïcité narrative » prend corps dans le débat social, articulant différemment les principes intrinsèques de la laïcité selon l'enjeu politique du moment et véhiculant ainsi, au gré des circonstances, différentes conceptions de ce que serait la laïcité. On peut notamment retracer la laïcité narrative dans les débats publics, discours politiques, rapports publics qui ont trait à la régulation de la diversité religieuse. Si cette forme de laïcité n'a pas de valeur en droit, elle peut néanmoins s'avérer efficace pour influencer sur l'élaboration du droit. Elle n'est donc pas dépourvue de toute force normative. La « laïcité juridique », pour sa part, est celle qui découle de la loi et de la jurisprudence (A. FERRARI, « De la politique à la technique : laïcité narrative et laïcité du droit. Pour une comparaison France/Italie », in B. BASDEVANT-GAUDEMET et F. JANKOWIAK (dir.), *Le droit ecclésiastique en Europe et à ses marges (XVIII-XX^e siècles)*, Leuven, Peeters, 2009, pp. 333-345.

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

(58) VOY. D. KOUSSENS et B. LAVOIE, « Fondements et effets socio-juridiques de la loi du 18 octobre 2017 favorisant le respect de la neutralité religieuse au Québec », *op. cit.*, pp. 117-137.

(59) Il s'agit d'un organisme gouvernemental de consultation et d'étude qui veille, depuis 1973, à promouvoir et à défendre les droits et les intérêts des Québécoises. Il conseille le gouvernement du Québec sur tout sujet qui concerne la condition féminine.

(60) Conseil du statut de la femme, 2007. *Avis. Droit à l'égalité entre les femmes et les hommes et liberté religieuse*, [en ligne] <http://www.accommodements.qc.ca/documentation/memoires/A-N-Montreal/conseil-du-statut-de-la-femme.pdf>, p. 129. Le Conseil du Statut de la femme est un organisme gouvernemental qui vise à promouvoir et garantir les droits des femmes. Il est ici important de souligner que, dans les débats québécois sur la laïcité, un important regroupement féministe de la société civile — la Fédération des Femmes du Québec (FFQ) — a pris des positions fortement divergentes de celles du CSF, notamment dans un avis intitulé : « Port de signes religieux dans la fonction et les services publics québécois : ni obligation religieuse, ni interdiction étatique ». L'argument principal est d'éviter toute discrimination faite aux femmes sur la base de leur appartenance religieuse et de favoriser au maximum leur intégration dans les institutions publiques. La FFQ

position du CSF n'a pas été suivie par la Commission Bouchard-Taylor qui, dans le cadre de ses travaux, s'est penchée sur la question du port de signes religieux par les fonctionnaires de l'Etat et procède à un raisonnement en tous points similaire à celui qu'ont fait les différentes juridictions :

« l'interdiction pour les agents de l'Etat de porter des signes religieux a un double prix, à savoir la restriction de a) la liberté de conscience et de religion des personnes visées et, éventuellement, b) l'égalité dans l'accès aux emplois de la fonction publique et parapublique » (61).

La Commission Bouchard-Taylor rappelle alors que l'apparence de neutralité des institutions publiques peut certainement constituer une garantie de la confiance que lui accordent les citoyens, mais qu'elle ne saurait cependant justifier l'interdiction générale du port de signes religieux pour les employés de l'Etat (62). Ce faisant, la Commission adopte le même raisonnement que celui que l'on a pu déceler dans la jurisprudence canadienne : elle propose en effet de présumer *a priori* de la neutralité de l'agent de l'Etat et de ne l'évaluer qu'au regard de son action concrète, laquelle doit être impartiale :

« ce qui importe avant tout, de façon générale, est que les agents de l'Etat fassent preuve d'impartialité dans l'exercice de leurs fonctions. Un employé de l'Etat doit chercher à accomplir la mission attribuée par le législateur à l'institution qu'il sert ; ses actes ne doivent lui être dictés ni par sa foi ni par ses croyances philosophiques, mais bien par la volonté de réaliser les finalités associées au poste qu'il occupe » (63).

19. Toutefois, la Commission ne recommande pas d'autoriser le port de signes religieux aux employés de l'Etat dans toutes circonstances. Elle procède ainsi à une double distinction qui rejoint l'argumentation qu'avait développée le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Fraser c. C.R.T.F.P.* précité. La première est relative aux signes religieux en question et l'on pourra différencier selon que celui-ci est, ou non, de nature à perturber le bon fonctionnement du service. La seconde tient à la fonction occupée par le fonctionnaire.

D'abord, la Commission recommande que le port du signe religieux soit limité s'il engendre une « contrainte excessive » à l'égard du fonctionnement

estime ainsi « qu'alors que la liberté de conscience inclut le droit de manifester sa croyance religieuse, [la FFQ] croit que les institutions publiques québécoises doivent permettre, autant à ses usagers et usagers qu'à son personnel, le port de signes religieux, visibles ou non. La neutralité de l'Etat est basée sur les actes que celui-ci réalise et non sur l'apparence des personnes qui le composent. En effet, des employés et employés pourraient faire de la propagande ou du prosélytisme tout en n'arborant aucun signe ou symbole religieux, et ainsi, nuire davantage à la neutralité de l'Etat ». Voy., Fédération des femmes du Québec, *Port de signes religieux dans la fonction et les services publics québécois : ni obligation religieuse, ni interdiction étatique*, [en ligne] <http://www.ffq.qc.ca/communiqués/2009-05-09-Signes%20religieux.html>.

(61) Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, 2008, *Fonder l'avenir. Le temps de la conciliation. Rapport*, [en ligne] <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/034000725/0000.pdf>, p. 149.

(62) *Ibidem*.

(63) *Ibidem*.

du service, c'est-à-dire s'il peut « entraver l'accomplissement de la fonction occupée » (64), sans pour autant se prononcer sur la symbolique du signe religieux en question. Dans un effort de pédagogie, la Commission explique que :

« une enseignante ne pourrait par exemple revêtir une burka ou un niqab en classe et s'acquitter adéquatement de sa tâche d'enseignante. D'une part, l'enseignement passe par définition par la communication et le recouvrement du visage et du corps exclut la communication non verbale. D'autre part, l'une des missions de l'enseignante est de contribuer au développement de la sociabilité de l'élève » (65).

Mais ensuite, le rapport propose une distinction selon la nature des fonctions exercées par l'agent de l'Etat. Il précise ainsi que seuls ceux d'entre eux qui détiennent un pouvoir de sanction ou de coercition peuvent légitimement se voir imposer une obligation de réserve absolue en matière religieuse (66). Préconisant que les policiers soient astreints par cette limitation, le rapport prend le contrepied de la laïcité juridique issue de la jurisprudence *Grant c. Canada* de 1995. Il assoit pourtant sa position sur un fondement similaire — l'impartialité — dont il situe cependant l'exigence en amont de l'action du fonctionnaire et non plus dans l'action elle-même. Dès lors, la Commission Bouchard-Taylor recommande que le port de signe religieux par les agents de l'Etat « soit interdit aux magistrats et procureurs de la Couronne, aux policiers, aux gardiens de prison [et] aux président et vice-présidents de l'Assemblée nationale », les deux derniers devant être contraints par cette obligation en raison de leur fonction de représentation de la souveraineté du peuple (67).

On a ici, avec le dépôt du rapport Bouchard-Taylor, un moment qui se termine et qui sera suivi par un silence législatif de plus de trois ans... malgré les propositions énoncées par les commissaires. Et il s'agit sûrement là d'une grave erreur politique, laissant place aux discours capitalisant sur l'inquiétude et le malaise identitaires (68). Il faudra alors attendre trois ans avant que le gouvernement n'intervienne, à nouveau interpellé par des « problèmes » religieux publicisés par les médias québécois... en l'occurrence le port du voile intégral dans un collège.

20. Dans la foulée de la Commission « Stasi » qui, en France, a immédiatement débouché sur la loi du 15 mars 2004 « encadrant, en application du

(64) *Ibidem*, p. 150.

(65) *Ibidem*.

(66) *Ibidem*, p. 151.

(67) *Ibidem*, p. 271.

(68) D. WEINSTOCK, « Réflexions critiques sur le rapport Bouchard-Taylor », in J.-F. GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *Le droit, la religion et le « raisonnable »*. *Le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Montréal, Thémis, 2009, pp. 94-112.

principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics » (69), la Belgique s'est dotée, en février 2004, de la Commission du dialogue interculturel. Composée de personnalités politiques et de membres de la société civile, elle était chargée de revisiter les fondements du modèle belge de « vivre ensemble » au regard des défis contemporains posés par la gestion de la diversité (70). Cette commission a clairement défini les neutralités inclusives et exclusives mais n'a pu dégager de consensus sur la réglementation qu'il convenait d'adopter (71). Malgré cet échec, des Assises de l'Interculturalité ont été convoquées dès 2009. Le Comité de pilotage de ces Assises est parvenu, en 2010, à des solutions de compromis s'agissant de la question du port du voile, tant à l'école — interdit jusqu'à la troisième année de l'enseignement secondaire dans les établissements officiels (72) — que dans la fonction publique où il rejoint la Commission Bouchard-Taylor, préconisant « une liberté générale du port desdits signes, avec une interdiction limitée aux seuls agents investis d'une fonction d'autorité. Des textes légaux devraient définir de manière non équivoque et très restrictive les fonctions (police, justice, armée) visées par cette interdiction ». Dans les deux cas, les Assises insistent sur la nécessité d'une intervention législative afin de garantir une application univoque et non discriminatoire de la réglementation (73).

Ce rapport, taxé de communautariste, a pratiquement fait l'unanimité contre lui : « [à] la lecture de ces critiques, on ne peut que constater qu'aux yeux de certains, toute autre position que l'interdiction générale du port des signes convictionnels dans l'ensemble de la fonction publique remet

(69) Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, *J.O.*, n° 65 du 17 mars 2004, p. 5190.

(70) A propos des travaux de cette commission, voy. H. DUMONT et X. DELGRANGE, « Le principe de pluralisme face à la question du voile islamique en Belgique », *Droit et Société*, 2008/1, n° 68, numéro spécial *Le voile en procès*, pp. 75-108, spéc. pp. 87-95 ; J. RINGELHEIM, « Du dialogue aux Assises, heurs et malheurs de l'interculturalité en Belgique », in E. BRIBOSIA et I. RORIVE (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse. Regards croisés – Canada, Europe, Belgique*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2015, pp. 101-122, spéc. pp. 108-113.

(71) « Sur l'adoption, en Belgique, d'une loi sur les signes religieux du même type qu'en France, un débat a partagé les membres de la Commission. Celle-ci a estimé qu'il était plus utile de répertorier les positions possibles sur cette question (et de laisser au pouvoir politique la responsabilité de prendre éventuellement des mesures législatives ou autres), plutôt que de chercher un compromis boiteux ou un consensus mou » (*Rapport final de la Commission du dialogue interculturel*, 2005, p. 115, www.unia.be).

(72) Pour une critique de cette solution, voy. X. DELGRANGE, « Une nouvelle source du droit : le *Dress Code* », in Y. CARTUYVELS, A. BAILLEUX, D. BERNARD, H. DUMONT, I. HACHEZ et D. MISONNE (dir.), *Le droit malgré tout. Hommage à François Ost*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2018, pp. 659-706, spéc. p. 682.

(73) Les Assises de l'Interculturalité, Rapport du Comité de pilotage, 2010, pp. 44-47, 78-81 et 117. Ce Rapport n'est plus accessible sur le site officiel du Gouvernement belge (www.belgium.be/fr/actualites/2010/news_assises_interculturalite_rapport_final.jsp) mais peut être consulté sur le site du Centre Bruxellois d'Action Interculturelle, www.cbai.be/resource/docsenstock/services_aux_asbl/Assise_de_linterculturalite.pdf.

automatiquement en cause la neutralité et l'impartialité de l'Etat »(74). Il est demeuré lettre morte.

2. Extension de l'obligation de neutralité et « laïcité juridique »

21. Au Québec, la jurisprudence continuant à consacrer la neutralité dans l'action, c'est par la voie législative que la neutralité d'apparence va prospérer. A l'inverse, en Belgique, les législateurs ne parvenant pas à un consensus, les avancées seront jurisprudentielles.

22. Quatre projets de loi qui tous touchent à la question de la neutralité religieuse des fonctionnaires sont déposés par les gouvernements successifs de 2011 à 2018.

Un premier projet de loi n° 94 présenté par le Parti libéral du Québec propose de baliser les accommodements, indiquant que ceux-ci doivent respecter la Charte québécoise des droits et libertés, « notamment le droit à l'égalité entre les femmes et les hommes et le principe de neutralité religieuse de l'Etat ». Dans la foulée des débats français sur le port du voile intégral et faisant écho à une première controverse sur le port de ce vêtement dans un établissement collégial, il prévoit en outre que les services publics doivent être fournis et reçus par des personnes qui ont le « visage découvert lors de la prestation des services(75) ».

Après les élections générales de septembre 2012, le projet de loi est abandonné par le nouveau gouvernement formé par le Parti québécois, lequel décide de présenter un nouveau texte en novembre 2013. Il s'agit du projet de loi n° 60, souvent appelé « Charte des valeurs de la laïcité(76) », qui prévoit de modifier la Charte québécoise des droits et libertés afin d'insérer dans son préambule la mention du caractère laïque de l'Etat québécois. Ce texte propose également de baliser les pratiques d'accommodements, ainsi que d'interdire le port de signes religieux ostentatoires pour l'ensemble des agents publics au Québec(77) :

(74) C. MATHIEU, P. DE HERT, et S. GUTWIRTH, « Le port de signes convictionnels par les agents publics », *op. cit.*, p. 345. Adde J. RINGELHEIM, « Du dialogue aux Assises, heurs et malheurs de l'interculturalité en Belgique », *op. cit.*, p. 345 ; X. DELGRANGE et H. LEROUXEL, « L'accommodement raisonnable, bouc émissaire d'une laïcité inhibitrice en Belgique », in E. BRIBOSIA et I. RORIVE (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse. Regards croisés – Canada, Europe, Belgique*, *op. cit.*, pp. 203-286, spéc. pp. 245-249.

(75) Projet de loi n° 94 : Loi établissant les balises encadrant les demandes d'accommodement dans l'Administration gouvernementale et dans certains établissements (2011). Pour des analyses sur ce projet de loi, on peut consulter : Ch. MAILLÉ et D. SALÉE, « Quebec, Secularism and Women's Rights. On Feminism and Bill 94 », in Ch. MAILLÉ, G. M. NIELSEN et D. SALÉE (eds), *Revealing Democracy. Secularism and Religion in Liberal Democratic States*, Bruxelles, Peter Lang, 2013, pp. 11-33.

(76) Projet de loi n° 60 : Charte affirmant les valeurs de laïcité et de neutralité religieuse de l'Etat ainsi que d'égalité entre les femmes et les hommes et encadrant les demandes d'accommodement (2013).

(77) Sous le titre de section « Restriction relative au port d'un signe religieux ».

« Un membre du personnel d'un organisme public ne doit pas porter, dans l'exercice de ses fonctions, un objet, tel un couvre-chef, un vêtement, un bijou ou autre parure, marquant ostensiblement, par son caractère démonstratif, une appartenance religieuse ».

Ce projet de loi reprend, par ailleurs, les dispositions concernant le visage à découvert lors de la prestation de services publics prévue par l'ancien projet de loi n° 94. Suite à la défaite du Parti québécois aux élections générales d'avril 2014, le projet de loi n° 60 est abandonné par le gouvernement du Parti libéral du Québec de retour au pouvoir. Alors que le débat public sur la laïcité se poursuit, alimenté par les partis d'opposition ainsi que par certains acteurs de la société civile, le gouvernement dépose au mois de juin 2015 le projet de loi n° 62, devenu loi sur la neutralité religieuse le 18 octobre 2017 (78).

Ce texte s'organise en trois sections : la première (articles 1 à 3) affirme que la neutralité de l'Etat a pour but d'assurer un égal respect des droits et libertés de tous les citoyens, raison pour laquelle elle impose une obligation de neutralité aux fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions ; la deuxième section (articles 4 à 9) précise les conditions d'exercice de cette obligation de neutralité des fonctionnaires, c'est-à-dire de ne pas favoriser ni défavoriser une personne en raison de son appartenance à une confession religieuse, ou à partir de ses propres convictions ou croyances religieuses ; la troisième section (articles 10 à 22) vise à baliser les demandes d'accommodement raisonnable pour des motifs religieux, mais également à imposer, tant aux fonctionnaires qu'aux usagers, l'obligation de se découvrir le visage lors d'une prestation de service.

L'article 4 permet une codification d'un principe de neutralité alors jurisprudentiel selon lequel la neutralité religieuse s'apprécie au regard de l'action du fonctionnaire :

« Le respect du principe de la neutralité religieuse de l'Etat comprend notamment le devoir pour les membres du personnel des organismes publics d'agir, dans l'exercice de leurs fonctions, de façon à ne pas favoriser ni défavoriser une personne en raison de l'appartenance ou non de cette dernière à une religion, ni en raison de leurs propres convictions ou croyances religieuses ou de celles d'une personne en autorité ».

L'article 17-1 dispose qu'aucun accommodement ne peut être fait à cette obligation de neutralité « dans l'action ». La loi innove cependant, étant le premier texte à limiter le port de certaines tenues vestimentaires — le voile intégral —, l'article 9 disposant que :

« Un membre du personnel d'un organisme doit exercer ses fonctions à visage découvert, sauf s'il est tenu de le couvrir, notamment en raison

(78) Loi favorisant le respect de la neutralité religieuse de l'Etat et visant notamment à encadrer les demandes d'accommodements pour motif religieux dans certains organismes, (2017) L.R.Q., art. 11.

de ses conditions de travail ou des exigences propres à ses fonctions ou à l'exécution de certaines tâches ».

23. A l'automne 2018, un nouveau gouvernement, porté par le parti populiste *Coalition Avenir Québec*, arrive au pouvoir après avoir promis de légiférer pour affirmer la laïcité de l'Etat et mettre fin à des pratiques d'accommodements qui, de son point de vue, se multiplieraient, devenant par là même déraisonnables. Le ministre Jolin-Barrette, porteur du dossier, se félicite en conférence de presse le 28 mars 2019 de pouvoir affirmer, cela pour la première fois dans une loi, la laïcité de l'Etat (article 1) et les principes constitutifs de la laïcité (séparation ; neutralité ; liberté de conscience et de religion ; égalité) (article 2) dans un texte de loi. Il ne s'agit toutefois pas simplement d'affirmer la laïcité en la faisant entrer dans le lexique juridique, mais de s'assurer de la réelle effectivité de l'ensemble de ses principes constitutifs dans la gouvernance politique et juridique. Et c'est ici que le bât blesse, chacun des principes constitutifs de la laïcité ne se trouvant mis en œuvre qu'à minima dans le projet législatif⁽⁷⁹⁾.

Premièrement, si le projet de loi indique qu'« en vertu du principe de la souveraineté parlementaire, il revient au Parlement du Québec de déterminer selon quels principes et de quelle manière les rapports entre l'Etat et les religions doivent être organisés au Québec », il n'est pas explicite sur la nature de ces relations. Certes, l'article 2 du projet évoque le principe de séparation des Eglises et de l'Etat, mais ce principe même semble être mis à mal par les dispositions de l'article 16 du projet relatives notamment aux éléments emblématiques du patrimoine culturel du Québec. En outre, ce n'est pas au regard du principe de séparation qu'est justifiée la mesure phare du projet, soit l'interdiction du symbole religieux à certaines catégories de fonctionnaires, mais eu regard du principe de neutralité.

Deuxièmement, ce principe même de neutralité se trouve lui aussi largement mis à mal parce qu'il ne découle plus de la nécessaire garantie de la liberté de conscience — comme on l'a vu en introduction, au regard de l'évolution de la jurisprudence des tribunaux — et de religion mais, à l'inverse, parce qu'il n'est ici invoqué que pour en limiter l'expression.

L'article 3 de la loi dispose :

« La laïcité de l'Etat exige que, dans le cadre de leur mission, les institutions parlementaires, gouvernementales et judiciaires respectent les principes énoncés à l'article 2 [et notamment le principe de neutralité religieuse], en fait *et en apparence* » (nous soulignons).

L'article 4 ajoute : « [e]n plus de l'exigence prévue à l'article 3, la laïcité de l'Etat exige le respect de l'interdiction de porter un signe religieux [...] », à

(79) Pour plus de développements, voy. D. KOUSSENS, « Une laïcité moindre », in L. CEILIS, D. DABBY, D. LEYDET et V. ROMANI (dir.), *Modération ou extrémisme ? Regards critiques sur la Loi 21*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2020, pp. 83-96.

une liste de fonctionnaires que le gouvernement considère comme exerçant des fonctions d'autorités. Le gouvernement réfère ici à ce qu'il qualifie de « compromis » Bouchard-Taylor, auquel il ajoute toute une série de fonctionnaires, dont les enseignants. La loi réitère par ailleurs, à son article 7, l'interdiction aux agents de l'Etat de dispenser un service le visage couvert.

Troisièmement, les principes d'égalité et de liberté de conscience et de religion sont peut-être affirmés à l'article 2 du texte, mais aucun des articles suivants du projet ne permet d'évaluer comment ils prendront corps dans la gouvernance de l'Etat. Il est, par exemple, très révélateur que le projet ne réaffirme même pas le principe de la liberté de conscience et de religion des agents de l'Etat en général, avant de prévoir des limitations spécifiques à certaines catégories d'agents. Mais finalement un tel oubli est aussi très révélateur de la façon dont les droits fondamentaux ne font plus partie de l'équation laïque au Québec... l'usage d'une double clause dérogatoire, aux dispositions de la Charte canadienne, mais également à celles de la charte québécoise n'en étant au final qu'une illustration éclatante.

24. Le recours à la clause de dérogation expresse — clause présente au sein des deux Chartes, québécoise(80) et canadienne(81), aussi appelée *clause notwithstanding* — est toutefois légitime en droit canadien, ce qui peut paraître étonnant au regard des engagements du Québec et du Canada en matière de protection des droits de la personne. D'une durée de validité de 5 ans — renouvelable —, la clause de dérogation expresse a été intégrée dans la Constitution canadienne du fait que la limitation de la souveraineté parlementaire qui devait découler de la constitutionnalisation de la Charte canadienne en 1982 n'a pas été acceptée d'emblée par les provinces canadiennes(82). Cependant, selon plusieurs constitutionnalistes, le recours à la clause de dérogation expresse représente un aveu de la part du législateur à, d'une part, renoncer à l'examen des tribunaux en matière d'atteinte au droit à la liberté de religion et au droit à l'égalité, d'autre part, à avouer, par le fait même, que sa loi est inconstitutionnelle(83). En effet, selon l'avis de certains juristes, la *Loi sur la*

(80) L'article 52 de la Charte québécoise se lit ainsi : « **52.** Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte ».

(81) L'article 33 de la Charte canadienne se lit ainsi : « **33.** (1) [Dérogation par déclaration expresse] Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente Charte ».

(82) En effet, comme le mentionne la constitutionnaliste Nicole Duplé, les « provinces conditionnent leur appui à l'insertion d'une clause de dérogation expresse dans la Charte, qui leur permettrait de légiférer de manière incompatible avec l'une des dispositions prévues aux art. 2 et 7 à 15 » (N. DUPLÉ, *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2019).

(83) Dans la décision *Ford* en 1988, la Cour suprême du Canada a eu l'occasion d'apporter des précisions quant à la lecture qu'il fallait faire de la clause de dérogation expresse. Selon la Cour, cette disposition n'impose que des exigences de forme. Il est permis à un législateur, dans un cas donné, de déroger à plus d'une disposition des articles 2 et 7 à 15 ; il lui est même possible de déroger à tous ces articles sans que les tribunaux n'aient à s'interroger sur la justification d'une telle démarche. *Ford c.*

laïcité de l'Etat est problématique en regard du droit à la liberté de religion et du droit à l'égalité, et ce, pour au moins trois raisons principales (84).

25. Premièrement, l'interdiction pour certains fonctionnaires de porter un signe religieux — prévue à l'article 6(85) — représente une distinction discriminatoire pour les personnes croyantes portant un signe religieux. La loi établit une distinction sur la base d'un motif énuméré à la Charte canadienne, en l'occurrence la religion : en application de la *Loi*, un fardeau plus grand sera demandé aux personnes croyantes qui portent un signe religieux. Celles-ci auront à faire un choix que les personnes ne portant pas de signe religieux n'auront pas à faire : soit renoncer à porter un signe religieux — ce qui est plus que problématique au regard du respect de la manifestation de la croyance religieuse que cela représente, comme nous l'avons vu plus haut —, soit renoncer à des opportunités professionnelles dans les milieux de travail relevant de l'Etat. Selon la jurisprudence constitutionnelle canadienne, cette situation s'apparente ainsi à de la discrimination. A ce titre, il peut être instructif de relever ce que le juge McIntyre précise dans la décision *Andrews*, en 1989 :

« J'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès à des possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société » (86).

Québec (Procureur général), [1988] 2 R.C.S. 172. Voy., à ce sujet, N. DUPLÉ, *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, op. cit., p. 544. Pour une analyse plus détaillée sur le recours à la disposition de dérogation expresse, on peut consulter, notamment F. CHEVRETTE, « La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne : le dit et le non-dit », in *De la Charte québécoise des droits et libertés : Origine, nature et défis*, Montréal, Thémis, 1989, pp. 462-489 ; G. WEBBER, E. MENDELSON et R. LECKEY, « Le recours à la disposition dérogatoire, comme dans le cas du projet de loi 21 du Québec, ne soustrait pas une loi à l'examen judiciaire », *Opinions politiques, bulletin de l'Institut de recherche sur les politiques publiques* (10 mai 2019), en ligne : <https://policyoptions.irpp.org/fr/magazines/may-2019/une-idee-recue-sur-la-disposition-derogatoire/> ; M. ST-HILAIRE, « Dérogation aux droits dans le projet de loi sur la laïcité de l'Etat : la synthèse », *A qui de droit* (9 avril 2019), en ligne : <https://blogueaquidedroit.ca/2019/04/09/derogation-aux-droits-dans-le-projet-de-loi-sur-la-laicite-de-letat-la-synthese/>.

(84) P. BOSSET, *Mémoire sur le projet de loi n° 21 (Loi sur la laïcité de l'Etat) présenté à la Commission des Institutions de l'Assemblée nationale du Québec*, Mémoire, Québec, Commission des institutions, 2019 ; J.-S. IMBEAULT et E. PEDNEAULT, *Mémoire à la Commission des Institutions de l'Assemblée nationale. Projet de loi n° 21, Loi sur la laïcité de l'Etat*, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, 2019 ; L.-Ph. LAMPRON, « Le PL 21 : risque pour la portée du droit à l'égalité ? », *Institut de recherche en politiques publiques* 2019, en ligne : <https://policyoptions.irpp.org/magazines/may-2019/le-pl-21-risque-pour-la-portee-du-droit-egalite/>.

(85) L'article 6 de la *Loi sur la laïcité de l'Etat* se lit ainsi : « 6. [Interdiction de porter un signe religieux] Le port d'un signe religieux est interdit dans l'exercice de leurs fonctions aux personnes énumérées à l'annexe II. Au sens du présent article, est un signe religieux tout objet, notamment un vêtement, un symbole, un bijou, une parure, un accessoire ou un couvre-chef, qui est : 1° soit porté en lien avec une conviction ou une croyance religieuse ; 2° soit raisonnablement considéré comme référant à une appartenance religieuse ».

(86) *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 174 (CSC).

L'on aperçoit immédiatement la différence d'approche entre le Canada et des pays comme la France ou la Belgique, confortés par la Cour européenne des droits de l'homme. Afin de permettre aux établissements d'enseignement, même supérieurs, d'interdire le port de signes convictionnels, la Cour constitutionnelle belge distingue :

« Alors que le droit d'avoir des convictions religieuses (*forum internum*) est absolu, le droit de manifester sa foi religieuse (*forum externum*) peut être soumis à des restrictions, dans les limites fixées par l'article 9, paragraphe 2, de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH, 12 avril 2007, *Ivanova c. Bulgarie*, § 79 ; 15 janvier 2013, *Eweida e.a. c. Royaume-Uni*, § 80) » (87).

Qualifiant le port du voile de manifestation de convictions religieuses et non de conviction religieuse, la Cour estime que celui-ci peut être interdit. De même, cette interdiction « peut être considérée comme une restriction légitime du droit d'accès à l'enseignement, pour les mêmes motifs que ceux qui peuvent justifier l'ingérence dans la liberté de religion causée par une telle interdiction (CEDH, grande chambre, 10 novembre 2005, *Leyla Şahin c. Turquie*, §§ 154 et 157-162 ; décision, 24 janvier 2006, *Köse e.a. c. Turquie* ; 4 décembre 2008, *Dogru c. France*, § 84 ; décision, 30 juin 2009, *Ghazal c. France*) » (B.27.2).

26. Deuxièmement, on peut argumenter que cette distinction effectuée par la *Loi*, bien qu'elle ne vise pas directement un groupe religieux en particulier dans son libellé, concerne principalement les femmes musulmanes portant le hijab, qui se retrouvent alors visées par la *Loi* (88). Cette réalité sociale, où le débat sur les personnes croyantes porteuses d'un signe religieux est en fait un débat sur le port du voile, n'est certainement pas unique au Québec. D'ailleurs, plusieurs études sociologiques démontrent la présence de préjugés et de stéréotypes récurrents concernant les femmes musulmanes portant le hijab, entre autres parce qu'il s'agirait d'un vêtement qui est associé à un projet

(87) C.C., arrêt n° 81/2020 du 4 juin 2020, B.22.2.

(88) Trois contestations ont été déposées devant les tribunaux québécois : une par la Coalition Inclusion Québec (une association militante pour les droits des immigrants), une par la Commission scolaire English-Montréal (le réseau anglophone montréalais d'écoles primaires et secondaires) et une autre par la Fédération autonome de l'enseignement (un syndicat d'enseignant). Ces requérants présentent des preuves sur la présence plus importante numériquement de femmes musulmanes portant le hijab qui seraient touchées par la *Loi sur la laïcité de l'État*. Voy. « La Commission scolaire English-Montréal contestera la loi sur la laïcité », *Radio-Canada* (26 septembre 2019), en ligne : <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1317987/commission-scolaire-english-montreal-contestation-loi-laicite-etat>> ; J. LACHAPPELLE, « Loi sur la laïcité : une seconde contestation déposée en Cour supérieure », *Radio-Canada* (27 septembre 2019), en ligne : <<https://www.lapresse.ca/actualites/justice-et-faits-divers/201909/26/01-5243014-loi-sur-la-laicite-une-seconde-contestation-deposee-en-cour-superieure.php>> ; « Loi sur la laïcité de l'État : la FAE poursuit le gouvernement Legault », *La Presse canadienne* (18 novembre 2019). En parallèle de ces contestations, d'autres contestations ont été déposées devant les tribunaux afin de faire suspendre immédiatement l'application de la *Loi*, sans succès. Voy. « Loi sur la laïcité : Québec remporte une première manche judiciaire », *Radio-Canada* (18 juillet 2019), en ligne : <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1227686/loi-laicite-gouvernement-legault-contestation-judiciaire>>.

politique d'islamisation de la société d'accueil⁽⁸⁹⁾ ou encore d'une démonstration d'une volonté d'affirmer une identité religieuse au détriment d'une identité civique⁽⁹⁰⁾. Cet argument renforce l'idée selon laquelle la *Loi sur la laïcité de l'Etat* se trouve alors en porte-à-faux avec la jurisprudence constitutionnelle en matière de liberté de religion et de droit à l'égalité.

Ici encore, la Cour constitutionnelle belge refuse d'entrer dans ces considérations sociologiques :

« Interprétée comme permettant à l'instance compétente pour établir le règlement intérieur d'un établissement d'enseignement de prévoir, dans ce règlement, une interdiction, pour les élèves ou les étudiants, de porter des signes religieux, politiques et philosophiques, la disposition en cause ne fait pas de distinction fondée sur la nature des convictions religieuses, politiques ou philosophiques des élèves ou des étudiants. Cette disposition ne fait pas non plus naître une différence de traitement basée sur la distinction entre les convictions de la majorité et celles d'une minorité. L'interdiction que la disposition en cause permet d'instaurer ne saurait être qualifiée de mesure par laquelle l'autorité publique se montre partielle vis-à-vis des différentes convictions présentes dans la société, quand bien même une telle interdiction pourrait être perçue par certaines personnes qui adhèrent à certaines de ces convictions comme une restriction plus grave que par d'autres élèves ou étudiants » (B.25.4.).

27. Troisièmement, le caractère discriminatoire de la *Loi sur la laïcité de l'Etat* semble difficilement se justifier, en particulier en raison de l'absence de preuve récoltée afin de documenter l'existence de problème au sein de la fonction publique quant à l'atteinte à la neutralité religieuse que constituerait le port d'un signe religieux. Comme dans plusieurs juridictions, les droits fondamentaux ne sont pas absolus au Canada — ce qui inclut bien sûr la liberté de religion et le droit à l'égalité —. Il est possible de les restreindre en

(89) V. BEHIERY, « Bans on Muslim facial veiling in Europe and Canada: a cultural history of vision perspective », *Social Identities: Journal for the Study of Race, Nation and Culture*, 2013, vol. 19, n° 6 pp. 775-793 ; S. BILGE, « "... alors que nous, Québécois, nos femmes sont égales à nous et nous les aimons ainsi" : la patrouille des frontières au nom de l'égalité de genre dans une "nation" en quête de souveraineté » *Sociologie et sociétés*, 2010, vol. 42, n° 1, pp. 197-226 ; S. BILGE, « Mapping Québécois Sexual Nationalism in Times of "Crisis of Reasonable Accommodations" », *Journal of Intercultural Studies*, 2012, vol. 33, n° 3, numéro spécial *Unravelling The New Politics Of Racialised Sexualities*, pp. 303-318 ; N. CHAKRABORTI et I. ZEMPI, « The veil under attack: Gendered dimensions of Islamophobic victimization », *International Review of Victimology*, 2012, vol. 18, n° 3, pp. 269-284.

(90) B. LAVOIE, « S'approprier la laïcité malgré la tourmente sociale : la présence d'une posture "optimiste critique" chez des femmes musulmanes portant le hijab au Québec », *Sciences religieuses / Studies in Religion*, 2018, vol. 47, n° 1, pp. 25-44 ; V. AMIRAUX, « The Headscarf question: What is really the issue? », in S. AMGHAR, A. BOUBEKEUR et M. EMERSON (eds), *European Islam: Challenges for Society and Public Policy*, Brussels, Centre for European Policy Studies, 2007, pp. 124-143 ; C. ROUSSEAU, « Signes d'oppression et de résistance : la nécessaire retenue dans l'interprétation et l'action », in M.-C. HAINCE, Y. EL-GHADBAN et L. BENHADJOUDDJA, *Le Québec, la Charte, l'Autre. Et après ?*, Montréal, Mémoire d'acier, 2014, pp. 17-24.

droit canadien, mais pour ce faire, le législateur doit convaincre les tribunaux qu'il s'agit d'une restriction⁽⁹¹⁾ dont les limites doivent être raisonnables⁽⁹²⁾. Cependant, dans le cas de la *Loi sur la laïcité de l'Etat*, le législateur québécois n'a même pas voulu faire la démonstration de la raisonnabilité de l'atteinte à la liberté de religion par son recours à la clause de dérogation expresse.

28. En Belgique, Cécile Mathieu, Paul De Hert et Serge Gutwirth, analysant la réglementation relative au port de signes convictionnels dans la fonction publique pour le Comité de pilotage des Assises de l'Interculturalité, constatent que :

« La mise en pratique du devoir de neutralité en droit administratif belge témoigne surtout d'une application de la neutralité "en actes" ; toutefois, une évolution vers une conception plus formelle de la neutralité, une neutralité "en apparence" se dégage de la pratique récente »⁽⁹³⁾.

Ils relèvent encore que :

« L'absence d'interdiction générale du port de signes convictionnels ne poserait pas problème, si de nombreuses institutions n'avaient pas décidé elles-mêmes de telles interdictions, alors que, selon l'article 19 de la Constitution, elles n'en ont, en principe, pas le pouvoir »⁽⁹⁴⁾.

Cette pratique n'est toutefois pas assumée par le politique mais consacrée par la jurisprudence.

29. En 2007, des sénateurs ont déposé une proposition de loi « visant à appliquer la séparation de l'Etat et des organisations et communautés religieuses et philosophiques non confessionnelles », qui stipulait notamment que « les agents des pouvoirs publics s'abstiennent, dans l'exercice de leurs fonctions, d'une quelconque manifestation extérieure de toute forme d'expression philosophique, religieuse, communautaire ou partisane »⁽⁹⁵⁾. De son côté, le Mouvement Réformateur a adopté une doctrine dite de l'interculturalisme qui s'est traduite par le dépôt d'une série de propositions de textes

(91) Cette procédure est prévue en application de l'article 1 de la *Charte*, qui se lit ainsi : « 1. [Garantie des droits et libertés]. 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 ».

(92) Pour établir qu'une restriction est raisonnable au sein de l'article 1, il faut satisfaire à deux critères fondamentaux : l'objectif poursuivi par la loi doit être suffisamment important et les moyens pour l'atteindre doivent être raisonnables. Voy., pour plus de détails, *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 (CSC).

(93) C. MATHIEU, P. DE HERT, et S. GUTWIRTH, « Le port de signes convictionnels par les agents publics », *op. cit.*, p. 360.

(94) *Ibidem*, p. 367. Ces auteurs précisent que l'article 19 de la Constitution « consacre le libre exercice des cultes, y compris dans ses manifestations publiques » et consacre un principe de légalité (p. 365).

(95) *Doc. parl.*, Sénat, 20062007, n° 3-2115/1, reprise lors de la législature suivante, *Doc. parl.*, Sénat, 2007-2008, n° 4-351/1.

législatifs visant à imposer la neutralité exclusive dans la fonction publique et à l'école (96).

L'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'Etat a estimé que l'évolution vers une neutralité exclusive était admissible dans le cadre constitutionnel belge actuel interprété à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, mais qu'elle ne pouvait se justifier que « dans l'hypothèse où se trouvent en jeu, de manière non pas éventuelle mais réelle et convaincante, des difficultés liées par exemple à une mise en danger de la neutralité de l'Etat au sens large et de ses organes » (97). Il relève également que « d'autres approches, mettant par exemple davantage l'accent sur la diversité des conceptions en présence, [pouvaient] également se concevoir ». Aussi le Conseil d'Etat considère-t-il que les travaux parlementaires « gagneront à faire apparaître la nécessité » de passer à la neutralité exclusive (98).

Suite à ces avis, la proposition de loi a été retirée. Les textes déposés par le MR ont été largement rejetés. Il n'est toutefois pas aisé de discerner les motivations des députés, qui sont manifestement multiples : si certains estimaient que le cadre législatif actuel permettait déjà l'interdiction de signes convictionnels à l'école, d'autres considéraient que la proposition ne contribuait pas à l'intégration, voire qu'elle était stigmatisante (99).

Depuis le début de ce siècle, différentes propositions tendant à la révision de la Constitution, en vue d'y inscrire le principe de laïcité ou de neutralité, ont été introduites (100). L'un des objectifs poursuivis est de permettre à la société belge de faire face à la montée de l'extrémisme, de prendre en compte l'évolution multiculturelle de la société et de contenir les revendications de l'islam. Aux yeux des auteurs de ces propositions, cette évolution requiert le passage à une neutralité exclusive, qui emporte notamment la prohibition de signes convictionnels dans la fonction publique et à l'école. Pourtant, comme on vient de le voir, selon l'assemblée générale de la section de législation du

(96) Voy. C. MATHIEU, P. DE HERT, et S. GUTWIRTH, « Le port de signes convictionnels par les agents publics », *op. cit.*, pp. 347-348 ; X. DELGRANGE et H. LEROUXEL, « L'accommodement raisonnable, bouc émissaire d'une laïcité inhibitrice en Belgique », *op. cit.*, pp. 253-254.

(97) Avis n° 44.521/AG du 20 mai 2008 sur une proposition de loi visant à appliquer la séparation de l'Etat et des organisations et communautés religieuses et philosophiques non confessionnelles (déposée par M. Philippe Mahoux et consorts), *Doc. parl.*, Sénat, 2007-2008, n° 4-351/2, p. 11 ; avis n° 48.022/AG du 20 avril 2010 sur une proposition de décret interdisant le port de signes convictionnels par le personnel des établissements d'enseignement officiel organisés ou subventionnés par la Communauté française (déposée par Mme Françoise Bertieaux, MM. Willy Borsus, Didier Gosuin et Jean-Luc Crucke), *Doc.*, Parl. Comm. fr., 2009/2010, n° 84/2.

(98) Avis n° 48.022/AG du 20 avril 2010, *Doc.*, Parl. Comm. fr., 2009/2010, n° 84/2, pp. 34-37.

(99) Rapport de la Commission de l'Education, *Doc.*, Parl. Comm. fr., 2009/2010, n° 84/4, pp. 5-6. Voy. C. MATHIEU, P. DE HERT, et S. GUTWIRTH, « Le port de signes convictionnels par les agents publics », *op. cit.*, pp. 345-391, spéc. pp. 347-348 ; X. DELGRANGE, « Une nouvelle source du droit : le *Dress Code* », *op. cit.*, pp. 668-669.

(100) Pour une recension, voy. X. DELGRANGE, « Faut-il enchâsser la laïcité politique dans la Constitution belge », *op. cit.*

Conseil d'Etat, il n'est pas nécessaire de réviser la Constitution pour adopter pareille législation d'interdiction, il suffit d'en démontrer la nécessité.

30. Concomitamment aux débats parlementaires ayant conduit aux rejets de propositions législatives visant à interdire le port de signes convictionnels dans la fonction publique et à l'école, l'assemblée générale de la section du contentieux du Conseil d'Etat et la Cour constitutionnelle ont estimé, malgré le principe de légalité renforcé qui prévaut en matière d'enseignement (101), qu'il n'était pas besoin d'une intervention législative pour interdire le port de signes convictionnels à l'école, que ce soit dans le chef des enseignants ou des élèves et même des étudiants majeurs.

Par des arrêts de 2010 et 2013, la section du contentieux du Conseil d'Etat a estimé, malgré les propositions législatives déposées et les avis de la section de législation du même Conseil d'Etat, que l'on pouvait déduire des décrets de la Communauté française organisant la neutralité de l'enseignement que ceux-ci permettaient aux pouvoirs organisateurs de l'enseignement officiel d'interdire aux enseignants de porter des signes convictionnels (102).

Par des arrêts de 2011 et 2020, la Cour constitutionnelle a estimé que les autorités scolaires pouvaient, dans leurs règlements d'ordres intérieurs, adopter une mesure générale d'interdiction de port de signes convictionnels par les élèves (103). Pour la Cour, « l'interdiction générale et de principe, pour les élèves, de porter des signes religieux et philosophiques visibles dans les établissements de l'Enseignement communautaire donne à la notion de neutralité, telle qu'elle est contenue dans l'article 24, § 1^{er}, alinéa 3, de la Constitution, une orientation nouvelle, qui n'est cependant pas contraire par définition à cette notion. [...] Le Constituant n'a pas conçu la neutralité de l'enseignement communautaire comme un principe rigide, indépendant des évolutions de la société. En outre, dans certaines circonstances, la neutralité peut obliger l'autorité compétente à prendre des mesures visant à garantir la "reconnaissance et [l']appréciation positives de la diversité des opinions et des attitudes" dans l'enseignement communautaire » (104). Cette évolution ne requiert toutefois

(101) Voy. les références citées dans X. DELGRANGE, « Une nouvelle source du droit : le *Dress Code* », *op. cit.*, pp. 659-706.

(102) C.E. (ass. gén.), arrêt en suspension, XXX, n° 210.000 du 21 décembre 2010, arrêt au fond, n° 223.042 du 27 mars 2013. Voy. not. X. DELGRANGE, « Mixité sociale, mixité religieuse : le droit de l'enseignement face à la diversité » et M. EL BERHOUMI, « Les juridictions suprêmes contre le voile : commentaire de deux arrêts engagés », in J. RINGELHEIM (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, 2011, respectivement pp. 503-567 (spéc. pp. 562-564) et pp. 569-620 (spéc. pp. 599-616) ; J. RINGELHEIM, « Le Conseil d'Etat et l'interdiction du port du voile par les enseignants : paradoxale neutralité », *A.P. (T.)*, 2012/2, pp. 342-384 ; G. NINANE et J. RINGELHEIM, « La neutralité de l'enseignement officiel », in X. DELGRANGE, L. DETROUX et M. EL BERHOUMI (dir.), *Les Grands arrêts du droit de l'enseignement*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 193-241.

(103) C.C., arrêt n° 40/2011 du 15 mars 2011 ; C.C., arrêt n° 81/2020 du 4 juin 2020. Voy. les commentaires cités dans la note précédente.

(104) C.C., arrêt n° 40/2011 du 15 mars 2011, B.15. ; C.C., arrêt n° 81/2020 du 4 juin 2020, B.18.1. Voy. X. DELGRANGE, « Interdiction du voile dans l'enseignement supérieur : la Cour constitutionnelle, substitut d'un législateur paralysé », *J.T.*, 2021/1, pp. 2-15.

pas, aux yeux de la Cour, l'intervention du législateur. Un simple règlement d'ordre intérieur suffit. Il appartiendra dès lors aux juridictions administratives et judiciaires d'apprécier si l'interdiction est bien proportionnée(105).

CONCLUSION

31. Le parallélisme chronologique est saisissant, s'agissant de l'évolution d'une neutralité dans l'action vers une neutralité d'apparence, au Québec et en Belgique. Les acteurs de cette évolution divergent toutefois du tout au tout. Au Québec, la neutralité dans l'action est déduite de principes constitutionnels par les juridictions et c'est le législateur qui intervient pour imposer la neutralité d'apparence. Il appartiendra toutefois au juge d'apprécier la constitutionnalité de cette loi. En Belgique, les statuts en sont restés à l'exigence d'une neutralité dans l'action. Toutefois, la pratique administrative, absoute par la jurisprudence, fait de plus en plus peser une obligation de neutralité d'apparence aux fonctionnaires.

Que l'on se situe au Québec ou en Belgique, ce sont aujourd'hui les juridictions qui, *in fine*, sont amenées à déterminer les conditions dans lesquelles les agents de l'Etat doivent, au jour le jour, incarner concrètement ce principe si abstrait qu'est la neutralité. Ce faisant, ils participent plus largement de la fabrique de la laïcité — politique — dans ces deux sociétés, arbitrant au gré des circonstances pour en préciser le sens et la portée(106).

(105) Ainsi, le Tribunal de première instance du Brabant-Wallon a jugé, le 4 mai 2020 que l'interdiction du port du voile porte une atteinte excessive au droit à l'éducation (ce jugement peut être consulté sur le site d'Unia, www.unia.be/fr/jurisprudence-alternatives/jurisprudence/tribunal-premiere-instance-brabant-wallon-4-mai-2020).

(106) Voy. X. DELGRANGE et D. KOUSSENS, « La fabrique de la laïcité par le juge. Eléments de comparaison Belgique-France-Québec », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2020/2, vol. 85, Dossier : *Mettre la laïcité dans la balance. Le juge, quel régulateur des relations entre l'Etat et les religions ?*, pp. 93-127.