

AVANT-PROPOS

Dans les années 1870, le juge Caron, au moment de l'affaire Guibord/Brown¹, soulevait toute l'ambiguïté, mais aussi tout l'équilibre en devenir des relations entre État et religions dans la genèse du droit canadien :

[il] me parait extrêmement difficile de poser des règles générales quant à l'étendue et aux limites des deux juridictions, l'ecclésiastique et la civile. [...] Il me parait arriver si souvent que les sujets à décider sont mêlés de droit religieux et de droit civil que dans une infinité de cas les autorités ecclésiastiques ont besoin de l'intervention des tribunaux civils pour les aider dans l'exécution et l'accomplissement des droits et privilèges qui leur appartiennent incontestablement. Il me parait donc que la question de juridiction dépend beaucoup des circonstances de chaque cas sans qu'il soit possible, avec avantage, de poser une règle générale².

Ainsi, en 1874, est posé ce qui constitue encore, par certains égards, le cœur de la dynamique entre droit et religion au Canada : le pragmatisme religieux canadien. Marqué dès l'origine par une pluralité de confessions, de sensibilités religieuses, le Canada a su, très tôt, profiter de la mixité religieuse de ses migrants afin d'établir un équilibre institutionnel entre action étatique et respect de la pluralité religieuse. Bien évidemment, cela ne s'est pas fait sans heurts, la neutralité de l'État et la laïcité, tant questionnées en 2013, constituant encore un lieu de friction sociale.

Les mouvements pro et anti « charte de la laïcité » au Québec mettent leurs pas, bien inconsciemment le plus souvent, dans ceux des partisans et des opposants qui, dans la deuxième

-
1. *Brown v. Curé de Montréal*, 21 novembre 1874, Edmund F. MOORE, William MACPHERSON, Herbert COWELL, *The Law Reports : Cases Heard and Determined by the Judicial Committee and the Lords of Her Majesty's Most Honourable Privy Council*, Council of Law Reporting, London, 1875, p. 177 et svt.
 2. Comme la chose ne me parait pas nécessaire dans le cas actuel je m'abstiendrai de poser cette règle me réservant de le faire en temps convenable »; Désiré GIROUARD, « State and Church », (1872) 2 *Revue critique de Législation et de Jurisprudence* 1, p. 130.

moitié du 19^e siècle, se sont confrontés lors de l'affaire Guibord à Montréal. Sans identifier parfaitement, bien évidemment, les deux enjeux, les deux mouvements, les questions de la prééminence du religieux sur le civil, du civil sur le religieux, la difficile conciliation des valeurs religieuses et laïques se trouvent en débat dans ces deux moments où la société se penche sur sa manière de conjuguer ces aspirations à plus de diversité, à plus de tolérance, à plus de clarté dans ses choix.

Or, et c'est l'un des enseignements principaux de ce volume, de cette recherche menée au sein du SoDRUS, l'histoire de cette conciliation, bien loin d'être linéaire ou claire, est au contraire une œuvre impressionniste, faite de points d'ancrage, de zones de couleur plus ou moins marquées, toujours sous l'empire d'un pragmatisme fort. Histoire d'un héritage, la genèse du rapport de l'État canadien au fait religieux résonne comme le rappel permanent de la nécessité d'aborder ces réalités avec une forte neutralité et un certain recul. Les juges, pourtant d'autre part fortement impliqués dans des groupes ou mouvements politiques et religieux, tentent, avec assez de bonheur, de s'extraire des menées partisans afin d'esquisser des solutions juridiques incontestables. Mais si cette œuvre jurisprudentielle est louable, l'État s'étant pour partie déchargé de ses obligations normatives en matière d'ordonnancement du religieux au profit des tribunaux, elle n'en est pas moins exempte d'erreurs ou d'approximations.

Les juges s'égarent parfois sur des frontières qui sont intrinsèquement floues. Ainsi, comme le montre la recherche de Nadia Boutouba et Stéphane Bernatchez, la récente décision de la Cour d'appel du Québec sur la prière et les symboles religieux lors des assemblées publiques du conseil municipal de la ville de Saguenay³ confond par exemple la place de la religion dans l'espace politique et dans l'espace public. La charge de dessiner les cadres de l'État canadien au regard du religieux a été longtemps réservée aux juges qui ont développés une expertise en la matière.

3. *Saguenay (Ville de) c. Mouvement laïque québécois*, [2013] QCCA 936.

Toutefois, on a connu, comme le rappellent les auteurs de cette contribution, une accélération de l'exigence de neutralité dans la seconde moitié du XX^e siècle. De nos jours, « le droit à l'égalité impose à l'État de ne pas adopter de mesures discriminatoires sur la base de la religion, tandis que la liberté de conscience et de religion confère non seulement les libertés positives et négatives d'exercer sa religion – non seulement le droit de croire et de l'exprimer, le droit de manifester ses croyances, le droit ne pas être forcé ou contraint, « directement ou indirectement, d'embrasser une conception religieuse ou d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience », mais aussi l'obligation de neutralité de l'État qui « l'empêche de privilégier ou de défavoriser une religion par rapport aux autres »⁴, ou même de « favoriser les croyances religieuses par rapport aux autres convictions »⁵.

Cette réalisation prend forme relativement tôt dans l'histoire juridique du Canada. Les premières fondations juridiques datent de la Nouvelle-France puis, essentiellement, des premiers textes suivant la Conquête. De prime abord, il existe une posture de rejet de la pluralité religieuse coloniale sous l'impulsion de la monarchie royale française. Toutefois, celle-ci figure comme une posture plus qu'une réalité. En effet, tant au regard du protestantisme qu'au regard des croyances autochtones, la Nouvelle-France vise essentiellement à une unité de façade derrière l'Église catholique, laissant les pratiques divergentes subsister, pour peu qu'elles restent dans l'ombre. Les capitulations de Québec, de Montréal, la Proclamation royale de 1763 et l'Acte de Québec forment le socle de l'agencement entre diversité religieuse et posture étatique. En acceptant l'existence de deux communautés religieuses, ces textes changent le paradigme et ouvrent la voie à la diversité religieuse. Loin d'être neutre, à cette époque, l'État tente d'aménager les croyances et les relations de pouvoir qui en découlent, de sorte à rendre le vivre ensemble possible. Cela se fait dans un État en formation, marqué par une forte dissymétrie religieuse et un nouveau rapport de force.

4. José WOEHLING, « La place de la religion dans les écoles publiques du Québec », (2007) *R.J.T.* 651, 657.

5. BOUTOUBA et BERNATCHEZ, dans ce numéro.

Comme le montre la contribution de David Gilles, la question du fait religieux et de l'immixtion des juridictions civiles dans les domaines de compétence partagée devient un véritable enjeu au XIX^e siècle. La montée en puissance de certains dogmatismes, la confrontation entre gallicanisme, laïcité et ultramontanisme exacerbe les antagonismes que l'État est invité à trancher. Il le fait avec réticence et laisse le fardeau largement aux tribunaux⁶. La très large palette de contentieux divers et de collaborations entre juridictions civiles et communautés religieuses dessine un spectre très ample de l'accommodement avant la lettre, même si certaines affaires, comme celle de Guibord ou l'affaire Plamondon⁷ défrayent la chronique. Si les rapports de force évoluent, une tendance s'affirme vers une acceptation, plus ou moins forcée, de l'altérité religieuse ou areligieuse. Les artisans de cette évolution sont, bien évidemment, les membres des communautés, qui saisissent les juridictions civiles, mais aussi les juristes, pour la plupart catholiques ou anglicans, à de rares occasions juifs ou méthodistes.

Mais si le cadre juridique se met en place lentement au XIX^e siècle face aux communautés religieuses plus urbaines, aucun principe général n'est véritablement affirmé. La création de l'État fédéral et le développement des provinces de l'Ouest oblige l'État canadien et les juridictions étatiques à inventer de nouvelles solutions, à fixer de nouvelles limites face à de nouvelles problématiques. Les contributions de Marie-Pierre Robert, de Claude Gélinas et Jean-François Vachon, et de Raphaël Mathieu Legault-Laberge montrent toute la complexité des réponses juridiques à ces réalités religieuses diverses. Celles-ci sont parfois incompatibles de prime abord avec les choix faits par la société canadienne en formation. L'État semble, dans sa volonté de développer la colonisation du territoire, prendre davantage ses responsabilités, par son action administrative ou normative.

6. GILLES dans ce numéro.

7. S. NORMAND, « L'affaire Plamondon : un cas d'antisémitisme à Québec au début du XX^e siècle », (2007) 48 *Les Cahiers de Droit* 477-50.

Ainsi, antérieurement à la constitution même de l'État canadien selon Claude Gélinas et Jean-François Vachon, l'attitude des fonctionnaires des Affaires indiennes en lien avec la gestion des cimetières de bande, entre 1870 et 1950, tend à confirmer que la volonté d'acculturer et d'émanciper les Indiens, en brimant leur liberté religieuse, n'est pas un facteur primordial de la politique gouvernementale. Le contrôle des dépenses liées à la mise en application de la politique indienne et le souci d'assurer le succès des efforts de colonisation intérieure prime largement. Là aussi, c'est l'attitude pragmatique qui semble dominer. Comme le souligne l'historien David T. McNab cité par Claude Gélinas et Jean-François Vachon : « As they faced the problem of the future of the native peoples, imperial administrators in the 1840's and 1850's espoused pragmatic rather than doctrinaire goals. They aimed at all costs to prevent conflicts between the indigenous inhabitants and white settlers concerning specific issues related to land and labour »⁸. L'étude de la correspondance des Affaires indiennes relative à la gestion des cimetières de bande est un exemple de ce souci de conciliation et les représentants du pouvoir étatique ont toléré la persistance de croyances et de pratiques religieuses traditionnelles indiennes dans le rapport aux défunts. Ils vont même aller jusqu'à les protéger, d'une certaine manière, en entravant en partie le travail des missionnaires et les visées émancipatrices.

La question du droit pénal et criminel, notamment au regard de la prostitution de la « femme sauvage » et de la polygamie mormone est bien évidemment moins tolérante vis-à-vis de l'altérité culturelle. Comme le démontre Marie-Pierre Robert, l'installation des premiers mormons dans l'ouest canadien en 1887 oblige le gouvernement fédéral de John A. MacDonald à prendre position au regard de cette question⁹. La réponse

8. David T. McNAB, « Herman Merivale and Colonial Office Indian Policy in the Mid-Nineteenth Century », (1981) 1 (2) *Canadian Journal of Native Studies* 277, 278-279.

9. Howard PALMER, « Polygamy and Progress: The Reaction to Mormons in Canada, 1887-1923 », dans Brigham Young CARD, Herbert C. NORTHCOTT et John E. FOSTER (dir.), *The Mormon Presence in Canada*, chap. 6,

normative, en 1890, vise spécifiquement cette minorité en modifiant la définition de l'infraction de bigamie. L'objectif est d'interdire le fait de se marier simultanément à plus d'une personne à la fois, ce qui est la pratique mormone¹⁰ et de créer une infraction de polygamie en faisant explicitement référence à cette communauté¹¹. Les tribunaux canadiens reconnaîtront, à la fin du 19^e siècle et au début du 20^e siècle, que l'objectif de la criminalisation de la polygamie était la répression du mormonisme, la référence aux mormons étant supprimée en 1953-1954¹². Les Indiens sont une autre minorité culturelle explicitement ciblée par le *Code criminel* de 1892, certaines dispositions référant, selon le vocabulaire de l'époque, aux « Sauvages ». S'il n'y a pas de cause judiciaire rapportée quant à l'application de l'art. 190 du *Code criminel* relatif à la prostitution des « femmes sauvages », les Indiennes arrêtées à Vancouver, pour des infractions relatives à la prostitution étaient expulsées et forcées de retourner sur leur réserve. Dans un cas comme dans l'autre, la spécificité culturelle devient un marqueur de stigmatisation orchestré par la norme pénale, les mormons étant associés à la polygamie, les femmes indiennes à la prostitution.

Toujours au tournant du siècle, la question scolaire au Manitoba et l'adaptation du cadre juridique à la réalité mennonite analysée par Raphaël Mathieu Legault-Laberge montre que la norme sait se rendre souple et que, comme dans le cas des indiens, une ouverture dynamique est offerte par les représentants étatiques. Arbitrant dans un premier temps la question scolaire entre protestants et catholiques, l'État manitobain s'oriente rapidement en faveur des premiers avant de s'ouvrir à d'autres pratiques religieuses. L'accord Laurier-Greenway avec le

Edmonton, University of Alberta Press, 1990, 108, à la page 27; Sarah CARTER, *The Importance of Being Monogamous: Marriage and Nation Building in Western Canada to 1915*, Edmonton, University of Alberta Press, 2004, p. 43.

10. Canada, *Débats de la Chambre des communes*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 129 (10 avril 1890), p. 3242 (Sir John Thompson).
11. *Acte modifiant de nouveau la loi criminelle*, (1890) 53 Vict., c. 37, art. 11.
12. L.C. 1953-1954, c. 51.

gouvernement fédéral en 1897, constitue un compromis d'ouverture pour les minorités religieuses. Lors de la deuxième phase d'immigration de mennonites au Canada, le gouvernement fédéral a promis aux groupements mennonites originaires majoritairement de Russie qu'il leur serait possible de tenir des écoles séparées où l'allemand serait enseigné aux enfants, malgré la compétence provinciale en matière d'éducation. Si la question scolaire est alors un point chaud des relations entre communautés mennonites, anabaptistes et gouvernement provincial, les Mennonites ont été passablement libres dans la gestion de leurs écoles jusqu'après la Première Guerre mondiale. Toutefois, après cette date, les groupes Mennonites les plus conservateurs envisagent ou choisissent l'émigration face aux mesures restrictives adoptées par le Canada et le Manitoba.

Dépassant cette genèse historique, les réflexions de Bernard Durand et de David Koussens permettent une mise en perspective des concepts et des termes. Abordant de front la notion de laïcité, David Koussens voit dans sa formulation québécoise l'expression d'une conception nationaliste. Selon l'auteur, le droit, après une riche histoire, continue encore aujourd'hui de rendre effectifs les principes aux fondements de la laïcité. En inscrivant le principe même dans une norme juridique, l'État soutiendrait « son identification symbolique »¹³. Malgré le fait qu'au Canada la laïcité n'ait jamais été consacrée dans un texte constitutionnel, si le « terme « laïcité » est encore inconnu du droit positif, les principes constitutifs de la laïcité émergent bien de celui-ci »¹⁴.

Enfin, Bernard Durand souligne la difficulté à dessiner des « frontières » nouvelles pour les rapports entre État et religion, les sociétés démocratiques se trouvant à la croisée des chemins entre les différents modèles de communautés ou de séparation entre État et religion. Faisant le parallèle entre régime matrimoniaux et relation Église et État, Bernard Durand souligne que « sans obligatoirement nier le sacré, certains systèmes juridiques ont

13. KOUSENS dans ce volume.

14. *Id.*

cherché à dresser un inventaire et à fonder le droit sur des principes qui, pour n'être pas moins forts, impriment une moins grande contrainte et offrent une plus souple perméabilité »¹⁵. Même les États les plus marqués par le sécularisme, notamment en Europe, ont redécouvert de nos jours la nécessité de respecter et de permettre l'épanouissement du fait religieux.

L'État canadien, bien moins avancé dans l'économie de la laïcité et ouvert depuis longtemps à la diversité religieuse, peut figurer comme un palimpseste pragmatique, permettant l'écriture d'une nouvelle page des rapports entre religion et État. Comme le souligne nos contributeurs, l'État canadien a depuis longtemps adopté une politique de tolérance face à la diversité culturelle et religieuse, une tolérance pragmatique et adaptable en fonction des contextes, des populations et des impératifs nationaux. Le point de référence en demeure ce qui est jugé raisonnable, dans le meilleur intérêt de la nation. Malgré les déficiences en matière de symbolique et d'affirmation normative de certains principes ou de cadres généraux, le modèle canadien en formation apporte une grille de lecture originale et progressiste des rapports, toujours sensibles, entre communautés, religions, État et normes.

David Gilles

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke
Directeur de la Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke
Chercheur au Centre de recherche Société, Droit et Religions de l'Université de Sherbrooke

Marie-Pierre Robert

Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke
Codirectrice du Centre de recherche Société, Droit et Religions de l'Université de Sherbrooke

Claude Gélinas

Professeur au Département de philosophie et d'éthique appliquée de l'Université de Sherbrooke
Codirecteur du Centre de recherche Société, Droit et Religions de l'Université de Sherbrooke

15. DURAND, dans ce volume.