Document generated on 07/04/2025 6:15 a.m.

Les Cahiers de lecture de L'Action nationale

Le juriste et le hijab

BERTRAND LAVOIE, *La fonctionnaire et le hijab*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2018, 197 pages

Guillaume Rousseau

Volume 14, Number 1, Fall 2019

URI: https://id.erudit.org/iderudit/92334ac

See table of contents

Publisher(s)

Ligue d'action nationale

ISSN

1911-9372 (print)
1929-5561 (digital)

Explore this journal

Cite this review

Rousseau, G. (2019). Review of [Le juriste et le hijab / BERTRAND LAVOIE, *La fonctionnaire et le hijab*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2018, 197 pages]. *Les Cahiers de lecture de L'Action nationale*, *14*(1), 13–14.

Tous droits réservés © Ligue d'action nationale, 2019

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

Laïcité… encore !

Le juriste **et le hijab**

Guillaume Rousseau
Professeur de droit, Université de Sherbrooke

Bertrand Lavoie
La fonctionnaire et le hijab
Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2018, 197 pages

À l'heure de la reprise du débat sur la laïcité et le port de signes religieux dans le secteur public, la parution du livre *La fonctionnaire et le hijab* arrivait à point (il est d'ailleurs cité dans un récent jugement de la Cour d'appel portant sur le port du hijab dans la salle d'audience d'un tribunal). Nous disons « le livre », mais nous pourrions presque dire « les livres » tellement cet ouvrage contient deux parties totalement distinctes. La première partie présente le droit entourant la laïcité en général et le port de signes religieux dans le secteur public en particulier. La deuxième partie analyse des entrevues menées auprès d'une trentaine de femmes voilées qui œuvrent ou envisagent d'œuvrer dans la fonction publique et porte sur leurs rapports à la laïcité.

Dans l'avant-propos, l'auteur rappelle l'actualité du sujet au Québec, aborde la question du hijab et celle de la laïcité, dans sa version stricte et républicaine ou ouverte et libérale, avant de présenter son approche dite sociojuridique. Cette approche vise autant à étudier le droit dans une perspective interne, celle du juriste, que dans une perspective externe, celle du sociologue s'intéressant aux comportements et aux valeurs. Malgré que le propos soit généralement très rigoureux, il contient déjà quelques aspects questionnables. Par exemple, le hijab y est défini comme « un foulard qui couvre les cheveux, la nuque et parfois la gorge ». Or, selon les normes islamiques applicables, un hijab est beaucoup plus que cela, car il doit respecter 8 règles (recouvrir tout le corps sauf le visage et les mains, ne pas être transparent, être ample, ne pas être attirant, ne pas ressembler aux habits des hommes ou des femmes non musulmanes, ne pas être un vêtement de parure et ne pas être parfumé). Cet élément, qui peut sembler être un détail, a son importance. Car la définition de l'auteur fait en sorte que son échantillon de femmes interviewées comprendra autant des femmes portant un véritable hijab que des femmes portant un simple foulard s'inspirant vaguement du hijab. Or, ces dernières risquent d'exprimer des opinions moins réfractaires à la laïcité. Plus fondamentalement, l'avant-propos laisse présager d'une difficulté liée à la principale question de recherche, à savoir « la religion est-elle, pour une femme musulmane portant le hijab, une source de normativité plus importante que la normativité étatique ? ». Comment déterminer laquelle de ces deux normativités est la plus importante, considérant que les deux sont compatibles, comme le révélera le chapitre 1 ?

L'introduction qui précède ce chapitre revient sur la crise des accommodements religieux, déclenchée par une affaire de kirpan et non une affaire de voile, et se poursuit avec une analyse des projets de loi qui se sont succédé jusqu'à l'adoption de la loi 62, portant notamment sur l'obligation de donner et de recevoir les services publics à visage découvert, dont l'application a été suspendue par les tribunaux. Puis, il est question de l'influence française, de l'identité nationale et de la transformation du religieux dans la sphère publique. Cette introduction est l'occasion d'un amalgame lorsque l'auteur évoque en trois phrases successives les personnes favorables à une limitation du port du hijab dans l'espace public, la méfiance à l'endroit de jeunes issus de l'immigration associée à l'islam et des crimes haineux perpétrés contre des musulmans ou des Arabes, avant d'ajouter « Dans ce contexte, on constate la propagation de diverses formes d'islamophobie ». Plus loin, il est question du voile comme facteur utilisé par « certains acteurs publics qui veillent à maintenir l'étanchéité symbolique entre le nous non musulman et le non-nous musulman ». Par contre, il n'est pas mentionné que le voile peut aussi servir au sein de la communauté musulmane à identifier celles qui appartiennent à cette communauté et celles qui n'y appartiennent pas. De semblable manière, il est question de l'instrumentalisation du droit par ceux qui veulent interdire le port du hijab dans les institutions publiques, mais jamais de son instrumentalisation par ceux qui veulent le permettre ; alors que pour plusieurs cette dernière instrumentalisation a bel et bien eu lieu, particulièrement eu égard à la liberté de religion.

Le chapitre 1 résume correctement la jurisprudence relative à cette liberté et à la doctrine de l'accommodement religieux, tout en contenant certaines omissions. Par exemple, lorsque l'auteur résume l'arrêt *Simpsons-Sears* relatif à cette doctrine, il mentionne qu'elle est issue du droit du travail américain, mais omet de signaler que la Cour suprême du Canada a modifié le fardeau de preuve prévu par ce droit de manière à rendre beaucoup plus difficilement justifiable un refus d'accommodement religieux, et ce, au nom du multiculturalisme. Il omet aussi de mentionner que, dans cet arrêt, le refus de la plaignante de travailler à temps plein résulte moins de ses obligations religieuses que du souhait de son mari de la voir travailler moins. Dans un livre portant sur la liberté de religion et des femmes, ce « détail » aurait pu être mentionné. Sans doute que ces omissions ne sont pas dues à un manque d'honnêteté intellectuelle de l'auteur. Elles semblent plutôt résulter de sa propension à citer presque exclusivement des auteurs peu ou pas critiques de la doctrine des accommodements religieux. Par contre, lorsqu'il résume les principaux jugements pertinents en matière de liberté de religion plus largement, il ne néglige pas le courant jurisprudentiel minoritaire qui se montre moins favorable au port de signes religieux. Il est toutefois dommage qu'il ait conclu à l'impossibilité légale d'interdire le port de tels signes dans la fonction publique à la lumière du seul courant majoritaire.

Le chapitre 2 est à l'avenant, quoiqu'il soit plus original en analysant la jurisprudence sous l'angle de la laïcité, ce qui lui permet de distinguer deux périodes : celle de 1982 à 2002 où ce principe n'est invoqué qu'implicitement, à travers des adjectifs comme « laïque », et celle de 2002 à aujourd'hui où il est traité explicitement, même s'il demeure « en interdépendance avec la liberté de religion » pour ne pas dire inféodé à cette dernière. Puis, l'auteur poursuit avec un historique plus politique, où il est question notamment de la commission Laurendeau-Dunton qui aurait recommandé la politique du multiculturalisme (ce qui ne correspond pas à mon souvenir du rapport de cette commission). Il associe ensuite le multiculturalisme et le pluralisme aux mouvements sociaux nord-américains de la seconde moitié du XXe siècle, et plus particulièrement au mouvement des droits civiques. Quand

suite à la page 14

La laïcité en harmonie

suite de la page 12

Les limites de la liberté humaine

Pour l'auteur, la liberté humaine s'avère un attribut de la dignité humaine, dont l'essence n'est ni divine ni absolue. De ce fait, la liberté individuelle, exercée en société, ne signifie pas l'absence de contraintes, mais bien la faculté d'utiliser son discernement afin de guider son action par des choix éclairés. Il déplore la conception impérieuse de la liberté individuelle de religion « contre laquelle aucune défense n'est possible » exprimée initialement par la Cour suprême du Canada en cette matière[3].

C'est surtout dans son analyse et ses développements théoriques philosophiques (les chapitres 2 à 5) que l'auteur fait œuvre utile, puisque sa conception du principe de laïcité comme dispositif politique et juridique est ensuite moins structurée et peu pragmatique. L'ouvrage aurait parfois gagné à être plus clair et synthétique, pour atténuer le travail d'analyse imparti au lecteur. Il ne s'agit pas d'un livre pour s'initier à la laïcité, mais plutôt pour réfléchir au pourquoi de cet idéal démocratique, qu'il évoque comme suit :

> On a peu d'efforts à faire pour aimer la liberté. Mais il semble que nous en ayons à faire pour aimer la laïcité comme elle le mérite. [...] La laïcité est étroitement liée à la gouvernance politique dans ce qu'elle a de plus noble. Elle réside dans la recherche du bien commun, incluant la liberté religieuse comme les autres droits fondamentaux. ❖

3 En particulier dans les arrêts *R.* c. *Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295 et *Syndicat Northcrest* c. *Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, 2004 CSC 47.

Le fonctionnaire et le hijad

suite de la page 13

on sait que c'est l'idéologie multiculturaliste qui a soutenu un projet d'école séparée pour les noirs à Toronto, il est permis de douter de la pertinence de cette association entre le multiculturalisme canadien et l'antiségrégationnisme américain. Ce qui au nord des États-Unis s'est le plus rapproché de ce mouvement antiségrégationniste est plutôt le mouvement d'intégration scolaire qui, dans le Québec des années 1960 et 1970, a prôné une intégration des élèves issus de l'immigration à l'école française, mettant ainsi la table à la loi 101.

Mais de cela, il n'en est pas question dans *La fonctionnaire et le hijab*, où l'histoire du Québec est généralement confondue avec celle du Canada. Seule exception importante, l'auteur souligne la différence de tradition et de culture juridiques entre le Québec et le reste du Canada, le premier étant à la fois de droit civil et de common law, le second exclusivement de common law. Pertinemment, il argumente que cette différence peut expliquer en partie la plus ou moins grande ouverture aux signes religieux dans la fonction publique que l'on retrouve des deux côtés de la rivière des Outaouais. La common law et son gouvernement des juges y seraient plus favorables pour des raisons empiriques et pragmatiques. Le droit civil et son légicentrisme démocratique y seraient moins favorables pour des raisons de principe et de sûreté juridique. L'auteur ne tire toutefois pas toutes les conséquences logiques de son argument. Il prône une interpénétration des deux traditions juridiques, ce qui logiquement devrait mener à un compromis sur la question des signes religieux. Or, il semble plutôt se rallier à la jurisprudence canadienne s'inspirant exclusivement de la common law pour imposer au Québec sa conception extrêmement minimaliste de la laïcité et du coup très favorable aux signes religieux dans la sphère publique.

Considérant cette conception de la laïcité, c'est sans surprise qu'on apprend dès le début de la deuxième partie du livre que, pour les fonctionnaires ou futures fonctionnaires voilées interviewées, « le fait de porter le hijab ne signifie pas [...] un non-respect de la laïcité ». Autre fait pertinent, l'auteur affirme qu'« aucune étude, à notre connaissance, ne confirme l'existence d'une dynamique de contrainte qui serait à la source du choix des femmes musulmanes portant le hijab au Québec ». Pourtant, sa propre étude permet de mettre en doute la thèse de l'absence de contrainte en matière de port du hijab. L'auteur écrit lui-même que toutes les participantes interviewées reconnaissent « le fait qu'il existe sûrement des femmes qui le portent sous la contrainte ». Il cite Amira (nom fictif) éducatrice en CPE (emploi non fictif) pour qui : « Dieu n'a pas dit : Tu as l'option A, tu peux faire ceci ou cela. Si Dieu l'a écrit dans le Coran, tu le fais ! » Lorsqu'il est question du port du hijab à partir de 9 ans, l'auteur qualifie pudiquement cela de port « par influence du réseau rapproché ». Enfin, il écrit que le Coran indique la « voie » à suivre « afin d'accéder au paradis et d'éviter l'enfer » et que c'est ce livre saint qui prescrit le port du hijab ; quoique les deux versets à ce sujet soient ambigus. Sur ce thème, l'auteur y va d'ailleurs d'une magnifique lapalissade : « On peut raisonnablement penser que s'il n'y avait pas ces deux versets du Coran recommandant aux femmes de se couvrir, les femmes décidant de porter le hijab seraient moins nombreuses ».

Même si les liens entre cette deuxième partie concernant les entrevues et la première concernant le droit sont parfois ténus, un constat important s'en dégage. Alors que la définition jurisprudentielle de la religion est purement subjective, il suffit d'avoir une croyance sincère, la réalité du terrain est que les croyances individuelles et subjectives sont liées à des croyances collectives et objectives, comme le démontre cet exemple du port du hijab et des versets coraniques. Ce décalage a le mérite de soulever chez le lecteur, à défaut de le faire chez l'auteur, un doute sur la sagesse de la jurisprudence en matière de liberté de religion qui prévoit un test subjectif, la croyance sincère du demandeur, sans exiger un test objectif, l'existence d'une croyance partagée par un certain nombre de fidèles ou d'autorités d'une religion (ce qui est encore plus problématique lorsque l'argument du demandeur vise un exercice collectif de la liberté de religion, comme c'est le cas en matière de zonage).

L'auteur conclut l'ouvrage par une analogie entre la fonctionnaire qui refuserait de retirer son voile advenant une hypothétique interdiction, ou du moins qui tenterait de contourner cette interdiction, et Antigone, l'héroïne de l'Antiquité qui enterre son frère conformément au rite religieux, même si cela contrevient à un décret du roi Créon. S'il faut saluer la forme de haute volée empruntée par l'auteur, il faut aussi souligner son caractère profondément problématique sur le fond. L'auteur semble placer une éventuelle loi québécoise interdisant le port de signes religieux par certains fonctionnaires sur le même pied qu'un décret royal. Or, faut-il le rappeler, cette éventuelle interdiction aurait toute la légitimité d'une loi démocratique, adoptée par une Assemblée nationale, après une élection au suffrage universel direct, masculin et féminin, où il en aura été question, sujette à un vaste débat parlementaire et extraparlementaire où toutes les personnes concernées, y compris les femmes voilées, auront pu s'exprimer. Bref, cette analogie, loin d'être anodine considérant qu'elle reflète la théorie du pluralisme juridique en vogue dans les facultés de droit qui place les normes arbitraires des religions sur le même pied que le droit démocratique de l'État, révèle qu'il y a peut-être lieu de s'inquiéter non pas seulement de la montée des démocraties illibérales, mais aussi de celle d'un pluralisme libéral et potentiellement antidémocratique. ❖