

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LES ENJEUX JURIDIQUES DU DÉBAT QUÉBÉCOIS SUR LES ACCOMMODEMENTS RAISONNABLES

Auteur(s) : Stéphane BERNATCHEZ

Revue : *RDUS*, 2007-2008, volume 38, numéro 1

Pages : 233-285

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/11557>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/11557>

Page vide laissée intentionnellement.

LES ENJEUX JURIDIQUES DU DÉBAT QUÉBÉCOIS SUR LES ACCOMMODEMENTS RAISONNABLES

par Stéphane BERNATCHEZ*

Alors que l'obligation d'accommodement raisonnable est appliquée par les tribunaux depuis plus de deux décennies, cette notion juridique semble de plus en plus remise en question et bien souvent mal comprise. Comment expliquer cet écart entre le droit et le monde vécu? Pour répondre à cette question, il faut d'abord examiner le multiculturalisme qui sert généralement d'arrière-plan à la politique de gestion de la diversité religieuse. Devant la confusion conceptuelle entourant la notion d'accommodement raisonnable, il importe d'effectuer un retour aux sources juridiques du problème, pour constater notamment que certains aspects demeurent non-entièrement théorisés. De plus, la philosophie politique et la théorie du droit proposent des pistes pour tenter de comprendre cet écart entre le droit et le monde vécu, notamment autour de l'apprentissage social et de la contextualisation du droit.

Although the notion of reasonable accommodation has been applied by the courts for more than two decades, this juridical concept appears to be increasingly called into question and is often misunderstood. How can one explain this perceived divergence between the law and real life? In order to address this question, one must first examine the concept of multiculturalism which generally serves as a background in discussions involving religious diversity. Due to the confusion surrounding the notion of reasonable accommodation, especially when one examines the more fundamental aspects of the problem, one realizes that its theoretical underpinnings have not been properly set out. Moreover, political philosophy and legal theory may provide certain avenues in order to comprehend this difference between the law and real life, especially with regard to the social learning process and to the contextualization of the law.

* . Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Une version abrégée de ce texte sera publiée dans Vincente Fortier, dir., *Le droit à l'épreuve des changements de paradigme*, collection Colloque des Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2008.

SOMMAIRE

I.	De l'accommodement raisonnable à l'arrangement déraisonnable	243
	A. Le débat sur les accommodements raisonnables et le multiculturalisme	243
	B. La notion d'obligation d'accommodement raisonnable	252
II.	L'écart entre le droit et le monde vécu.....	264
	A. La philosophie politique.....	265
	B. La théorie du droit.....	275
	Conclusion	280

Appliquée par la Cour suprême du Canada depuis 1985¹, l'obligation d'accommodement raisonnable demeure encore aujourd'hui l'un des principaux outils juridiques de gestion de la diversité religieuse. Au Québec, sa pertinence est toutefois remise en question, comme en témoignent le débat très médiatisé sur les accommodements raisonnables et la création le 8 février 2007, par le gouvernement Charest, d'une commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles. Coprésidée par l'historien Gérard Bouchard et le philosophe Charles Taylor (commission Bouchard-Taylor), cette commission n'est pas sans rappeler la Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République française, présidée par Bernard Stasi, qui a remis son rapport au Président Chirac le 11 décembre 2003. Ce rapport faisait d'ailleurs référence à la notion d'accommodement raisonnable :

Par-delà le statut des cultes, l'exigence laïque demande aussi à chacun un effort sur soi. Le citoyen conquiert par la laïcité la protection de sa liberté de conscience; en contrepartie il doit respecter l'espace public que tous peuvent partager. Revendiquer la neutralité de l'État semble peu conciliable avec l'affichage d'un prosélytisme agressif, particulièrement dans l'espace scolaire. Accepter d'adapter l'expression publique de ses particularités confessionnelles et de mettre des bornes à l'affirmation de son identité permet la rencontre de tous dans l'espace public. C'est ce que les Québécois qualifient d'«accommodements raisonnables». L'esprit de la laïcité requiert cet équilibre des droits et des devoirs. (p. 16)

Des substituts au porc et le poisson le vendredi doivent être proposés dans le cadre de la restauration collective (établissements scolaires, pénitentiaires, hospitaliers, d'entreprise). Cependant, la prise en compte des exigences religieuses doit être compatible avec le bon fonctionne-

1. *Comm. Ont. des Droits de la Personne (O'Malley) c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536 [O'Malley].

ment du service, selon le principe que les Québécois appellent «l'accommodement raisonnable». (p. 64)²

Les conclusions du rapport Stasi concernant le port de signes religieux à l'école étaient fondées sur deux prémisses : le principe de laïcité qui est au cœur du pacte républicain et un contexte factuel caractérisé par des problèmes concernant l'ordre public³. Sur ce dernier élément, voici un extrait pertinent du rapport :

La commission, après avoir entendu les positions des uns et des autres, estime qu'aujourd'hui la question n'est plus la liberté de conscience, mais l'ordre public. Le contexte a changé en quelques années. Les tensions et les affrontements dans les établissements autour de questions religieuses sont devenus trop fréquents. Le déroulement normal des enseignements ne peut plus être assuré. Des pressions s'exercent sur des jeunes filles mineures, pour les contraindre à porter un signe religieux. L'environnement familial et social leur impose parfois des choix qui ne sont pas les leurs. La République ne peut rester sourde au cri de détresse de ces jeunes filles. L'espace scolaire doit rester pour elles un lieu de liberté et d'émancipation. C'est pourquoi la commission propose d'insérer dans un texte de loi portant sur la laïcité la disposition suivante : «Dans le respect de la liberté de conscience et du caractère propre des établissements privés sous contrat, sont interdits dans les écoles, collèges et lycées les tenues et signes manifestant une appartenance religieuse ou politique. Toute sanction est proportionnée et prise après que l'élève a été invité à se conformer à ses obligations».⁴

-
2. France, Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, *Rapport au Président de la République* (11 décembre 2003) [Rapport Stasi].
 3. Pour une présentation de l'argumentation, outre le rapport bien sûr, voir Luc B. Tremblay, «Les signes religieux à l'école : Réflexions sur le rapport Stasi et les accommodements raisonnables», (2004) 48 Arch. Phil. Droit 169 aux pp. 172-175.
 4. Rapport Stasi, *supra* note 2 à la p. 16.

Le droit constitutionnel canadien ne connaissant pas le principe de laïcité, une certaine prudence s'impose dans le recours au modèle français⁵. Il existe tout au plus ici un principe de neutralité, qui découle de la liberté de religion : «la liberté de religion impose une obligation de neutralité à l'État en matière religieuse qui l'empêche de privilégier ou de défavoriser une religion par rapport aux autres»⁶. Dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, le juge en chef Dickson a d'ailleurs exprimé cette idée : «[...] protéger une religion sans accorder la même protection aux autres religions a pour effet de créer une inégalité destructrice de la liberté de religion dans la société»⁷.

Quant à la question de l'ordre public, le contexte québécois est certes différent de la situation qui prévalait en France, mais il fait aussi intervenir des notions d'identité et de vivre-ensemble qui s'avèrent importantes dans le débat sur la gestion de la diversité culturelle et religieuse. Tel que cité plus haut, le rapport Stasi affirmait : «Accepter d'adapter l'expression publique de ses particularités confessionnelles et de mettre des bornes à l'affirmation de son identité permet la rencontre de tous dans l'espace public.» La politique québécoise d'interculturalisme poursuit également un tel objectif d'intégration et de culture commune⁸. C'est précisément cet équilibre entre les droits et les devoirs qui semble de plus en plus remis en question en ce moment au Québec, du moins si l'on se fie au débat médiatique et, aussi, à certains résultats électoraux. En effet, les médias se sont emparés depuis l'an dernier de cette expression «accommodement raisonnable», qu'ils utilisent

5. Pierre Bosset, «Laïcité et pluralisme religieux – Du bon et du mauvais usage de la perspective française dans le débat québécois» *Le Devoir* (17 et 18 janvier 2004) B5.

6. José Woehrling, «L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse» (1998) 43 R.D. McGill 325 à la p. 371. Pour une explication du principe de neutralité, voir les pages 370 à 375 [Woehrling, «L'obligation»].

7. *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295 à la p. 337.

8. Paul Eid, «Accommoder la différence religieuse dans les limites du raisonnable : regards croisés du droit et des sciences sociales» dans Myriam Jézéquel, dir., *La justice à l'épreuve de la diversité culturelle*, Cowansville, Yvon Blais, 2007, 105 aux pp. 116-119.

improprement. Au plan politique, les résultats obtenus par l'Action démocratique du Québec (ADQ) aux élections générales du 26 mars 2007 témoignent de l'acuité de la question : l'ADQ, qui n'avait jamais réussi à faire élire plus de 4 députés en compte en ce moment 41 à l'Assemblée nationale, formant ainsi l'opposition officielle. Son chef Mario Dumont avait enfourché, en novembre 2006, ce cheval de bataille, en disant qu'«on ne peut défendre l'identité québécoise avec un genou à terre», ce qui a immédiatement placé l'accommodement de la diversité religieuse en opposition à l'identité québécoise («eux» vs «nous»). Un ancien ministre libéral est même allé jusqu'à affirmer que M. Dumont «a eu le courage de soulever un débat sur l'immigration qui tardait à venir»⁹.

Jusqu'à récemment, la société québécoise et les médias semblaient peu connaître la notion d'accommodement raisonnable – bien que les tribunaux et les gestionnaires l'appliquent depuis plus de deux décennies. En fait, le débat a été suscité par une série de cas d'espèce que les médias ont tôt fait de désigner comme étant des accommodements raisonnables alors qu'au sens juridique, ils ne pouvaient pas tous être ainsi qualifiés¹⁰. Par exemple, en novembre 2006, les médias rapportaient qu'un centre de conditionnement physique (YMCA du Parc) a accepté d'installer des vitres givrées pour satisfaire la communauté hassidique du quartier qui souhaitait que les garçons et les hommes ne puissent pas voir les femmes qui s'entraînent au gymnase. Suite au tollé qu'a suscité cet arrangement de bon voisinage, qui n'est certainement pas un cas d'accommodement raisonnable puisqu'il n'y avait là aucune atteinte au droit à l'égalité, les fenêtres originales ont été réinstallées. Au CLSC de Parc-Extension, des hommes ont été exclus de cours prénataux en raison des croyances religieuses de certaines personnes participant à ces cours. De même, au CLSC Thérèse-de-Blainville, les infirmières acceptent de se rendre au domicile de patients juifs les jours de sabbat. Tout le débat sur les accommodements raisonnables a été cristallisé dans le code de vie

-
9. Gérard Latulippe, «Accepter l'intolérance : un accommodement raisonnable?» *Le Devoir* (29 novembre 2006) A6.
 10. Myriam Jézéquel, «L'accommodement à l'épreuve des stratégies identitaires» dans M. Jézéquel, *supra* note 8, 129 à la page 131.

qu'une municipalité québécoise, Hérouxville, a adopté à l'automne 2006¹¹. Dans la version originale, l'on y précisait notamment qu'il est interdit de lapider des femmes dans ce village! En fait, le débat sur les accommodements raisonnables a non seulement remis en question un certain nombre de pratiques religieuses minoritaires, mais il a de plus éveillé une certaine conscience majoritaire préoccupée par la défense de l'identité québécoise.

L'incompréhension à l'égard de la signification juridique de l'obligation d'accommodement raisonnable est certes l'une des principales causes du débat actuel. La Commission Bouchard-Taylor devrait servir notamment à dissiper la confusion conceptuelle en ce sens : «Lorsque aucun droit n'est affecté de manière discriminatoire, il est proprement abusif de parler d'une obligation d'accommodement raisonnable.»¹² D'aucuns parlent alors de conflits de valeurs¹³. «Dans un tel cas, des raisons n'ayant rien à voir avec une obligation juridique – la courtoisie, le respect du client, le souci de maintenir de bonnes relations avec ses voisins, par exemple – peuvent légitimement inspirer la recherche d'un terrain d'entente. Mais en tant qu'obligation juridique applicable dans une situation de discrimination, l'accommodement raisonnable doit être distingué de tels arrangements facultatifs.»¹⁴ Nous pouvons déplorer un certain manque de rigueur dans l'usage – inadéquat – que les médias ont fait de la notion juridique.

Même si le problème est en partie juridique, en raison de cette confusion conceptuelle et de ce que la théorie du droit nomme le problème d'action collective (qui sera abordé dans la deuxième partie du texte), la commission Bouchard-Taylor sur les

11. Bernard Thompson, *Le syndrome Hérouxville ou les accommodements raisonnables*, Boisbriand, Momentum, 2007.

12. Pierre Bosset, «Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable» dans Myriam Jézéquel, dir., *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où?*, Cowansville, Yvon Blais, 2007, 3 à la p. 20 [Bosset, «Les fondements»].

13. Rachida Azdouz, «Les conflits de valeurs et de droits dans le secteur de la santé et des services sociaux» dans M. Jézéquel, *ibid.*, 349 [Azdouz, «Les conflits»].

14. Bosset, «Les fondements», *supra* note 12 à la p. 20.

accommodements raisonnables ne semble pas adopter cette perspective¹⁵. En fait, tout indique que l'on considère que le droit est bien établi, comme si les notions juridiques étaient parfaitement claires et indiscutables. Déjà au départ, dans la dénomination même de la Commission, il est question des pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, sans référer expressément aux pratiques ou différences religieuses. En termes juridiques, c'est pourtant des cas d'atteinte au droit à l'égalité, donc de discrimination sur la base de la religion, qui créent des obligations juridiques d'accommodement raisonnable. Qui plus est, lorsque les coprésidents ont interprété largement le mandat de la commission, ils ont du même coup écarté la conception étroite - et plus juridique - de leur mandat, qui les «aurait amenés à concentrer l'essentiel de [leurs] efforts a) sur les tenants et aboutissants de l'accommodement raisonnable comme rouage juridique et b) sur la conception d'un cadre de référence assorti d'un ensemble de balises et de critères destinés à régir les pratiques d'accommodement.»¹⁶ Ils ont préféré une conception large de leur mandat : «Une conception large nous invitait à prolonger notre réflexion au-delà des accommodements au sens strictement juridique pour analyser également les enjeux fondamentaux qui les sous-tendent, à savoir les rapports entre cultures, les coordonnées du vivre-ensemble»¹⁷. Ainsi, le modèle d'intégration, les politiques d'immigration, les enjeux politiques et sociaux plus larges sont

-
15. Le bâtonnier du Québec, Me J. Michel Doyon, écrivait récemment : «La présence timide, dans les débats publics, des notions juridiques qui soutiennent les termes «accommodements raisonnables» est préoccupante.» J. Michel Doyon, «Les accommodements raisonnables : faire œuvre utile» *Le Journal du Barreau du Québec* (Septembre 2007) à la p. 6 [Doyon, «Les accommodements»]. Au même effet, Jean-C. Hébert, «Commission Bouchard-Taylor. Le Barreau sera-t-il un joueur d'impact?» *Le Journal du Barreau du Québec* (Novembre 2007) à la p. 10 : «Dans leur document de consultation, messieurs Bouchard et Taylor donnent le ton. La science juridique est mise sous le boisseau.»
16. Gérard Bouchard et Charles Taylor, «Accommodements et différences. Vers un terrain d'entente : la parole aux citoyens», Document de consultation, Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, 2007 à la p. 3.
17. *Ibid.*

examinés au détriment d'une analyse juridique jugée trop limitative.

Il ne s'agit pas de prétendre que le problème n'est que juridique, comme pourrait le suggérer la conception étroite du mandat, mais plutôt de considérer que le problème est aussi juridique. D'une part, il n'est pas exact d'affirmer que les notions juridiques sont toutes entièrement conceptualisées et bien appliquées, et, d'autre part, une réflexion plus large sur les limites du droit doit être menée dans une perspective qui dépasse le positivisme juridique habituel. Lorsque la première page du journal du Barreau du Québec soulève les questions suivantes : «Vent de colère et accommodements : Quand trop... c'est trop? Aujourd'hui le kirpan, demain la burqa? Où s'arrête l'accommodement? Que penser de cette plainte qui s'exprime actuellement dans l'opinion publique?»¹⁸ et qu'un article publié dans le journal *Le Devoir* demande : «Et si le «monde ordinaire» avait raison?», il importe alors de s'interroger sur l'écart entre le droit et le monde vécu. La juge Michèle Rivet, présidente du Tribunal des droits de la personne du Québec, a bien posé le problème lorsqu'elle a écrit que le droit pourtant élaboré depuis quelques décennies semble maintenant insuffisant : «Bien que le concept d'accommodement raisonnable ait été développé par les tribunaux il y a plus de vingt ans maintenant, cette notion, dont l'origine est essentiellement juridique, s'est vue attribuée une nouvelle dimension, portée par l'opinion publique et la confusion qui entoure non seulement les demandes qui sont faites aux différentes institutions mais les réponses que celles-ci leur donnent.»¹⁹ Il est très révélateur que tant Pierre Bosset²⁰, qui a rendu, à titre de directeur de la recherche à la Commission des droits de la personne, des avis importants sur l'obligation d'accommodement raisonnable, que la présidente du

-
18. Myriam Jézéquel, «Vent de colère et accommodements : Quand trop... c'est trop?» *Le Journal du Barreau du Québec* (Février 2007) à la p. 1.
 19. Michèle Rivet, «L'accommodement raisonnable ou le nécessaire retour aux sources : le droit à l'égalité» dans M. Jézéquel, *supra* note 12, 371 à la p. 377 [Rivet, «L'accommodement»].
 20. Bosset, «Les fondements», *supra* note 12 à la p. 6.

Tribunal des droits de la personne²¹, plaident pour un nécessaire «retour aux sources». Il convient dès lors de préciser à nouveau ce que signifie cette notion d'accommodement raisonnable. Dans son style bien à lui, le politicien Dumont a exprimé comme suit cette nécessité de préciser le sens de l'obligation d'accommodement raisonnable : «On en peut défendre l'identité québécoise avec un gruaud de mots que personne ne comprend.» La confusion conceptuelle explique en partie l'existence d'un tel débat :

Récemment, la société s'est inquiétée de situations confuses mêlant les notions d'accommodement raisonnable et de bon voisinage. Il est normal, dans de telles situations, qu'une société se sente menacée dans son identité. On peut penser que cette confusion est tributaire d'un manque de paramètres juridiques suffisants et d'outils pratiques clairs pour aider les décideurs d'organisations publiques à prendre des décisions délicates. La confusion créée autour de ce que l'on a souvent appelé à tort les accommodements raisonnables, par la mise en exergue de certaines situations n'ayant rien à voir avec la violation d'un droit, impose à la communauté juridique et au Barreau un devoir de clarification et de réflexion sur l'aptitude des instruments et connaissances juridiques actuelles à répondre aux besoins illustrés.²²

C'est cette question que nous souhaitons aborder ici : comment expliquer qu'une notion juridique reconnue par la Cour suprême du Canada depuis 1985 s'avère maintenant une notion incompréhensible dans la société québécoise? D'où la question du droit comme problème d'action collective.

21. Rivet, «L'accommodement», *supra* note 19 aux pp. 377-379.

22. Doyon, «Les accommodements», *supra* note 15.

I. De l'accommodement raisonnable à l'arrangement déraisonnable

A. Le débat sur les accommodements raisonnables et le multiculturalisme

Le débat que l'on connaît au Québec depuis 2006 est attribuable notamment au fait que la notion d'accommodement raisonnable a été utilisée pour justifier toutes sortes d'arrangements qui tiennent davantage de la tolérance et du compromis. Pour cette raison, la commission Bouchard-Taylor devrait s'inspirer du rapport Stasi dans la mesure où l'on y expliquait d'abord le principe de laïcité. Et ce n'est qu'une fois précisé ce principe juridique que le rapport insistait sur les tensions familiales et sociales et les pressions qui étaient exercées sur les jeunes filles. Les commissaires avaient entendu à huis clos des témoignages à cet effet.

Évidemment, il ne s'agit pas de reprendre au Québec les fondements de ce rapport, d'autant plus que le droit constitutionnel canadien reconnaît un principe de neutralité plutôt qu'un principe de laïcité. «Comme on le sait, une obligation de neutralité religieuse de l'État découle implicitement des libertés fondamentales garanties par les chartes des droits. Elle interdit à l'État de privilégier ou de défavoriser une religion par rapport aux autres (par exemple, en reprenant à son compte une prescription religieuse et en astreignant l'ensemble des citoyens, quelle que soit leur croyance ou non-croyance religieuse, au respect de celle-ci).»²³ Néanmoins, par analogie, l'on peut s'inspirer du rapport Stasi de la manière suivante. Le débat québécois est fondé sur une méconnaissance des principes juridiques constitutifs de la notion d'accommodement raisonnable :

À l'origine, l'accommodement raisonnable fut un terme de l'art à l'usage des juristes. Aujourd'hui, il est passé dans le langage populaire sous une forme qui, tout en témoignant de l'actualité du concept, trahit néanmoins une certaine incompréhension de celui-ci. De moyen visant à

23. Bosset, «Les fondements», *supra* note 12 aux pp. 17-18.

rétablir l'égalité dans une situation concrète et individualisée de discrimination, l'accommodement raisonnable semble être devenu un terme générique désignant l'ensemble des arrangements auxquels aboutit la «gestion» des conflits de valeurs ou de droits, particulièrement dans les rapports interculturels. Dans ce sens plus populaire, l'accommodement raisonnable perd sa filiation avec l'idée d'égalité et peut se voir attribuer une portée collective qu'il n'avait pas nécessairement à l'origine. De plus, un tel glissement de sens se fait souvent au prix de l'oubli d'un élément essentiel du concept – la «raisonnabilité» – et de l'une de ses caractéristiques principales, qui est son application à l'ensemble des motifs de discrimination interdits.²⁴

Mais avant d'entreprendre l'analyse juridique propre à l'obligation d'accommodement raisonnable, il convient de mieux situer le débat, notamment quant au fondement de cette notion juridique dans la philosophie politique. À cet égard, les travaux des philosophes Will Kymlicka et Daniel Weinstock peuvent être d'une grande utilité. Selon ce dernier, le débat actuel origine d'une décision de la Cour suprême du Canada porteuse de cette idéologie multiculturaliste :

Il est difficile de déterminer avec précision le moment où les grogements que l'on entendait çà et là se sont transformés en hurlements soutenus et politiquement organisés, mais je me hasarderai à avancer que la décision *Multani*, rendue en mars 2006, dans laquelle la Cour suprême du Canada a affirmé le droit d'un jeune sikh de porter (sous certaines conditions visant à assurer la sécurité publique) son kirpan à l'école publique, constitue une date charnière, aussi bien parce qu'elle a donné lieu à un tollé considérable au Québec dans plusieurs couches sociales et intellectuelles que parce qu'elle permet de mesurer toute la distance qui sépare le Québec du reste du Canada en matière d'accommodement de la diversité.²⁵

24. *Ibid.* à la p. 6.

25. Daniel Weinstock, «La «crise» des accommodements au Québec : hypothèses explicatives», (2007) 9 *Éthique publique* 20 aux pp. 20-21 [Weinstock, «La crise»].

La critique adressée à l'accommodement raisonnable porte également sur la philosophie politique qui lui sert de fondement, c'est-à-dire le multiculturalisme. En fait, considérer que cette obligation d'accommodement raisonnable est fondée sur le multiculturalisme est certes un raccourci intellectuel dans la mesure où l'obligation d'accommodement raisonnable s'applique aux autres motifs de discrimination, tels le handicap, le sexe et la grossesse. Néanmoins, en matière de diversité religieuse, la doctrine présente généralement le multiculturalisme comme l'idéologie sous-tendant la pratique de l'accommodement raisonnable.

Devenu une politique du gouvernement fédéral au début des années 1970, le multiculturalisme a été juridiquement reconnu à l'article 27 de la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁶ et dans la loi sur le multiculturalisme adoptée en 1988 par le Parlement fédéral²⁷. Le multiculturalisme canadien reposait sur le libéralisme :

La politique du multiculturalisme a été proposée par le premier ministre Pierre Elliot Trudeau en septembre 1971. L'élément crucial de cette politique [...] est qu'il s'agit d'une conception très libérale du multiculturalisme, fondée sur l'idée de liberté individuelle.²⁸

Dans ce sens, l'adoption du multiculturalisme en 1971 faisait partie d'une révolution libérale plus large commençant en 1960 avec la Déclaration canadienne des droits (statutaire) et qui atteint son apogée avec la Charte des droits et libertés (très libérale selon les standards internationaux).²⁹

26. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B du *Canada Act, 1982*, (R.U.), 1982, c. 11. L'article 27 dispose : « Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens. »

27. *Loi sur le multiculturalisme canadien*, L.R.C. 1985, ch. 24.

28. Will Kymlicka, « Tester les limites du multiculturalisme libéral? Le cas des tribunaux religieux en droit familial », (2007) 9 *Éthique publique* 27 [Kymlicka, « Tester »].

29. *Ibid.* à la p. 28.

Kymlicka précise ce qu'est le multiculturalisme libéral :

Le modèle libéral du multiculturalisme repose sur le principe que tous les individus doivent être libres de choisir eux-mêmes si et comment ils expriment leur identité religieuse et ethnique ainsi que sur le principe que tous les groupes doivent respecter les valeurs libérales de base de droits de l'homme et de démocratie. Le modèle traditionaliste du multiculturalisme est fondé sur le principe du relativisme culturel : chaque groupe doit être en mesure de pratiquer ses propres coutumes (y compris ses modes traditionnels d'application des normes et de sanction) qu'elles respectent ou non les principes de liberté individuelle, de droits de l'homme et de démocratie.³⁰

La politique du multiculturalisme a été conçue au départ pour une immigration d'origine européenne (les Ukrainiens, les Polonais, les Tchèques et les Slovaques, les Allemands, les Hollandais ainsi que les Scandinaves). «Il est important de se souvenir qu'avant les années 1960 le Canada avait une politique d'immigration racialement discriminatoire qui maintenait la plupart des Asiatiques, des Noirs et des Arabes hors du pays. C'est seulement à partir des années 1960 que ces minorités visibles (non blanches) ont commencé à immigrer en nombre significatif au Canada. Et ce n'est que plusieurs années plus tard, longtemps après que la politique du multiculturalisme a été établie, qu'ils ont commencé à avoir une voix significative dans les débats. Ainsi, dans les années 1960, les groupes qui ont dominé le débat public sur le multiculturalisme étaient des Européens. Pour la plupart, ces groupes étaient présents au Canada depuis deux ou trois générations et étaient généralement bien intégrés, non seulement économiquement, mais aussi politiquement. [...] Ils avaient prouvé leur volonté et leur capacité à travailler en respectant les règles d'un ordre libéral démocratique. L'idée que de tels groupes puissent utiliser le multiculturalisme pour maintenir des pratiques non libérales ne s'est même pas manifestée.»³¹

30. *Ibid.* à la p. 28.

31. *Ibid.* à la p. 29.

Les cours du Canada n'ont jamais interprété la Loi sur le multiculturalisme ou l'article sur le multiculturalisme comme une permission d'enfreindre les droits individuels de base.³²

La politique du multiculturalisme a été réorientée, détournée disent certains, à partir des années 1980. «En bref, une politique qui avait d'abord vu le jour en tant que mode de reconnaissance du succès de l'intégration de groupes ethniques blancs établis depuis longtemps a été redéfinie comme un outil pour aider à l'intégration de nouveaux immigrants non européens. [...] Octroyer des droits multiculturels aux groupes ethniques européens était vu comme une politique plutôt sûre : on ne craignait pas que de tels groupes veuillent utiliser leurs droits et leurs ressources d'une façon qui menace les valeurs démocratiques et libérales. Mais avec les nouveaux arrivants, particulièrement ceux provenant de pays qui n'étaient pas des démocraties libérales, il y avait un risque qu'ils cherchent à utiliser leurs privilèges multiculturalistes de manière qui violeraient les valeurs de la démocratie libérale.»³³

Or, il est bien connu que le multiculturalisme canadien a toujours rencontré une grande opposition de la part des nationalistes québécois. «C'est que ce terme ainsi que les politiques canadiennes qui lui sont associées ont été perçus dès le début comme faisant partie d'un ensemble de principes et de mesures édictés par le gouvernement libéral de Pierre Elliot Trudeau pour banaliser l'identité nationale québécoise. En affirmant la diversité *multiculturelle* du Canada, le gouvernement fédéral aurait occulté son caractère multi- (en tout cas bi-) *national*. Le multiculturalisme reconnaît par ailleurs la diversité du Canada tout en la désamorçant sur le plan politique. Car nos identités culturelles ne sauraient influencer la nature de la citoyenneté canadienne, entièrement construite autour des valeurs et des principes inscrits dans la nouvelle charte des droits et libertés, valeurs et principes

32. *Ibid.* à la p. 36.

33. *Ibid.* à la p. 30.

qui sont pour leur part scrupuleusement neutres sur le plan culturel.»³⁴

Ce qui est particulièrement surprenant dans les événements récents, c'est que la critique du multiculturalisme provient également de la gauche, comme en témoigne l'opposition féministe à l'implantation, en Ontario, de tribunaux fondés sur la charia³⁵.

Le constitutionnaliste José Woehrling a bien expliqué les principales critiques qui sont généralement adressées au multiculturalisme et à la notion d'accommodement raisonnable³⁶. Plusieurs pensent que la politique du multiculturalisme menacerait l'harmonie sociale, dans la mesure où sont favorisées la préservation et la transmission des cultures et des religions d'origine des minorités. En encourageant et valorisant l'appartenance à des sous-communautés, on risque de favoriser la ghettoïsation des minorités. Accentuer les différences peut empêcher les immigrants de s'intégrer, ce qui serait par ailleurs contraire à l'objectif de l'accommodement qui vise essentiellement l'intégration et l'inclusion. De plus, l'on craint les dangers que le multiculturalisme pourrait entraîner pour les droits individuels des membres des minorités. Une telle politique favoriserait donc le maintien, au sein des communautés minoritaires, de pratiques parfois oppressives.

Au Québec, la donne a quelque peu changé suite au référendum de 1995. L'opposition au multiculturalisme s'est assouplie après que Jacques Parizeau eut attribué la défaite souverainiste à l'argent et au vote ethnique. «Il s'ensuivit une période relativement faste pour le multiculturalisme au Québec, même si l'on évite le plus souvent le terme.»³⁷ En fait, durant les années qui suivirent,

34. Weinstock, «La crise», *supra* note 25 à la p. 21.

35. Kymlicka, «Tester», *supra* note 28. Voir également Vida Amirmokri et al., *Des tribunaux islamiques au Canada?*, Montréal, Sisyphe, 2005.

36. J. Woehrling, «L'obligation», *supra* note 6 aux pp. 399-401. Pour une autre critique du multiculturalisme, voir : Neil Bissoondath, *Selling Illusions: The Cult of Multiculturalism in Canada*, Toronto, Penguin, 1994.

37. Weinstock, «La crise», *supra* note 25 à la p. 22.

le nationalisme ethnique s'est transformé en un nationalisme civique³⁸ semblable au patriotisme constitutionnel de Jürgen Habermas.

Dans la période de l'après-référendum de 1995, l'ouverture au multiculturalisme s'accompagne d'une évolution vers une plus grande neutralité étatique. La ministre de l'Éducation du Québec de l'époque, Pauline Marois, créa un groupe de travail sur la place de la religion à l'école publique, présidé par le professeur Jean-Pierre Proulx, qui avait pour mandat d'examiner les prérogatives et les privilèges dont disposaient les catholiques et les protestants en matière d'enseignement religieux. «Les recommandations auxquelles donna lieu de groupe de travail participent d'une remise en question plus fondamentale à laquelle le Québec s'est livré après 1995 quant à la réelle inclusivité non pas seulement de l'identité, mais également des institutions québécoises. D'un point de vue purement politique, le moment était le bon pour entamer des réformes qui allaient à n'en pas douter hérisser les Québécois dont la conception de l'identité québécoise était plus traditionnelle.»³⁹ Ce n'est qu'avec la rentrée scolaire de 2008 que l'enseignement d'une foi religieuse (protestante ou catholique) cessera à l'école publique. De plus, une modification constitutionnelle a été effectuée afin de faire évoluer les structures scolaires confessionnelles vers un système linguistique⁴⁰.

Récemment, la remise en cause de certains privilèges historiques s'est poursuivie de différentes manières. À l'automne 2006, alors qu'il était chef du Parti québécois, André Boisclair a réclamé que l'on retire le crucifix de l'Assemblée nationale. De plus, le Tribunal des droits de la personne a rendu en septembre 2006 une décision ordonnant à la ville de Laval de cesser la pratique de la

38. Pour des analyses de cette transformation, voir Mathieu Bock-Côté, *La dénationalisation tranquille*, Montréal, Boréal, 2007 et Marie McAndrew, «Projet national, immigration et intégration dans un Québec souverain. Dix ans plus tard, l'analyse proposée tient-elle toujours la route?», (2006) XXXVIII *Sociologie et sociétés* 213.

39. Weinstock, «La crise», *supra* note 25 à la p. 22.

40. *Modification constitutionnelle, 1997 (Québec)*.

récitation de la prière lors des séances de l'assemblée publique du conseil municipal⁴¹. Ainsi, au même moment où se multiplient des demandes – souvent minoritaires⁴² – d'accommodement fondées sur la religion, l'État québécois continue d'évoluer vers une plus grande neutralité en retirant aux religions majoritaires certains de leurs privilèges. À tel point que l'on entend parfois la majorité (en tant que groupe) demander aussi des accommodements! Cette évolution vers une plus grande neutralité étatique explique en partie pourquoi le débat sur les accommodements raisonnables fait resurgir le questionnement quant à l'identité québécoise.

Dans le débat public, l'obligation d'accommodement raisonnable est parfois mise en opposition avec cette obligation de neutralité religieuse de l'État. Plus précisément, certains voient un paradoxe dans l'idée selon laquelle, au nom de la neutralité religieuse de l'État, les institutions publiques devraient s'abstenir d'observer certains rituels religieux, alors qu'elles sont tenues de respecter les exigences religieuses des citoyens, cette fois au nom de l'accommodement raisonnable. Ce paradoxe n'est qu'apparent. En effet, l'obligation de neutralité religieuse et l'obligation d'accommodement raisonnable visent le même objectif, qui est de permettre l'exercice des libertés fondamentales de conscience et de religion, dans le premier cas en empêchant l'État de mettre son autorité au service d'une conception religieuse particulière et, dans le deuxième cas, en permettant aux individus d'exprimer li-

41. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Payette) c. Laval (ville de)*, 2006 QCTDP 17 (CanLII).

42. Il demeure assez mal connu au Québec que les demandes d'accommodement en matière religieuse proviennent majoritairement des chrétiens. Selon un rapport de la Commission des droits de la personne, voici la répartition des demandes d'accommodement selon l'appartenance religieuse (dossiers fermés entre 2000 et 2005) : Protestante : 10 demandes (33,3%); Musulmane : 8 demandes (26,7%); Juive : 6 demandes (20%); Témoins de Jéhovah : 5 demandes (16,7%); Catholique : 1 demande (3,3%). Source : Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Les plaintes de discrimination fondée sur la religion portés devant la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, document pouvant être consulté en ligne : www.cdpedj.qc.ca/fr/placedelareligion/docs/religion-enquete-Commission.pdf.

brement leur ferveur ou leur appartenance religieuse dans la sphère publique, sans être défavorisés.⁴³

Cependant, depuis quelques années la trêve entre le nationalisme québécois et le multiculturalisme semble progressivement s'estomper pour différentes raisons. Notamment, le contexte post-11 septembre 2001 contribua à fomentier une certaine méfiance à l'égard de la diversité religieuse et, par ailleurs, les travaux de la commission Stasi suscitèrent un réel intérêt, surtout chez les nationalistes civiques intéressés par l'application au Québec des principes et des pratiques de la laïcité française. Weinstock écrit :

Deux événements contribuèrent à mon avis à réorienter la position des nationalistes civiques québécois dans les années qui allaient suivre, et à mettre fin à cette période de rapprochement du Québec avec l'esprit (sinon avec la lettre) du multiculturalisme. Le premier, bien évidemment, furent les attaques terroristes du 11 septembre 2001. Par-delà les réactions islamophobes qui fusèrent de certains secteurs de l'opinion publique mais également de l'intelligentsia, ici comme ailleurs, ces événements firent que la dimension religieuse de la diversité culturelle devait occuper la première loge des débats sur la gestion de cette diversité. [...] Le 11 septembre centra l'attention sur les problèmes d'intégration associés à des minorités religieuses. [...]

Le second événement fut la création en France d'une commission chargée d'étudier l'application du principe de laïcité. Cette commission, présidée par Bernard Stasi, siégea pendant six mois en 2003 et publia à la fin de cette année un rapport qui recommanda le renforcement du principe de laïcité, et qui plaida notamment pour la prohibition de tout signe religieux ou politique «ostensible». [...] Le rapport Stasi et la loi qui s'ensuivit suscitèrent un engouement considérable chez bon nombre de nationalistes civiques, qui arguèrent pour une importation des

43. Bosset, «Les fondements», *supra* note 12 à la p. 18.

principes et des pratiques de la laïcité française en sol québécois.⁴⁴

B. La notion d'obligation d'accommodement raisonnable

L'obligation d'accommodement est un outil juridique qui s'inscrit dans une culture politique d'intégration⁴⁵. «L'obligation d'accommodement est une construction jurisprudentielle, juridique, incluse dans un droit à protéger, soit celui du droit à l'égalité.»⁴⁶ D'origine américaine, la notion d'obligation d'accommodement a été enchâssée en droit canadien dans l'affaire *O'Malley*⁴⁷. En l'absence de tout argument de texte, le juge McIntyre s'y est dit d'avis qu'il convenait d'intégrer cette notion.

Dans un cas de discrimination fondée sur la croyance et résultant de l'effet d'une condition ou d'une règle qui est raisonnablement liée à l'exécution des fonctions et qui n'est pas discriminatoire à première vue, un résultat différent s'ensuit. La règle ou la condition de travail n'est pas annulée, mais son effet sur le plaignant doit être étudié et si l'on veut mettre en application l'objet du Code ontarien des droits de la personne un accommodement quelconque s'impose de la part de l'employeur au profit du plaignant. Le Code doit être interprété et appliqué avec souplesse afin de protéger le droit de l'employé victime de discrimination ainsi que le droit de l'employeur à la gestion licite de ses affaires. Le Code n'a pas pour objet de conférer des droits à l'un en excluant les droits de l'autre. Les tribunaux amé-

-
44. Weinstock, «La crise», *supra* note 25 à la p. 22. Voir Josée Boileau, «Se dévoiler» *Le Devoir* (22 décembre 2003) A6. Des ouvrages et des revues ont été consacrés au principe de laïcité, voir notamment : Guy Durand, *Le Québec et la laïcité. Avancées et dérives*, Montréal, Éditions Varia, 2004; «La laïcité au Québec et en France», (2005) 13 Bulletin d'histoire politique.
45. Myriam Jézéquel, «L'obligation d'accommodement : un outil juridique et une mesure d'intégration» (2006) 8 *Éthique publique* 53.
46. Rivet, «L'accommodement», *supra* note 19 à la p. 377.
47. *O'Malley*, *supra* note 1.

ricains ont remédié à ce problème avec ce qu'on a décrit comme une "obligation d'accommodement", en l'absence de contrainte excessive, de la part de l'employeur : voir *Reid v. Memphis Publishing Co.*, 468 F.2d 346 (6th Cir. 1972); *Riley v. Bendix Corp.*, 464 F.2d 1113 (5th Cir. 1972). On dit que ce point de vue aux États-Unis est appuyé par les dispositions de la modification de 1972 de la *Civil Rights Act of 1964*--voir *Civil Rights Act of 1964*, 42 USCS § 2000e(j); voir aussi *Trans World Airlines Inc. v. Hardison*, 432 U.S. 63 (1977). Au Canada, les commissions d'enquête instituées en application des lois sur les droits de la personne ont adopté cette notion que le professeur Ratushny décrit, pour la commission d'enquête en l'espèce, comme étant :

[TRADUCTION] ...la norme très générale qui consiste à déterminer si l'employeur a agi raisonnablement en tentant de s'entendre avec l'employé, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce et de la portée et des objets généraux du Code.⁴⁸

La norme du caractère raisonnable mentionnée par le professeur Ratushny et l'obligation d'accommodement, dont parle la jurisprudence américaine, prévoient que, lorsqu'il est démontré qu'une condition de travail a causé de la discrimination, il incombe à l'employeur de tenter raisonnablement de faire en sorte que les besoins religieux de l'employée soient respectés à moins que cela ne lui cause une contrainte excessive dans la gestion de ses affaires. Rien dans le Code n'appuie expressément cette thèse d'où une lacune dans le Code et la question : Devrait-on combler cette lacune au moyen de ce principe?

La question n'est pas exempte de difficultés. La thèse selon laquelle chaque personne devrait être libre d'adopter la religion de son choix et d'en observer les préceptes ne pose aucun problème. Cette notion générale de la liberté religieuse est bien établie dans notre société et constituait un droit reconnu et protégé bien avant que ne soient adoptés les codes des droits de la personne qu'on a vu apparaître récem-

48. *O'Malley, supra* note 1 au par. 20.

ment. Le problème se pose lorsqu'on se demande jusqu'où peut aller une personne dans l'exercice de sa liberté religieuse? À quel moment, dans la profession de sa foi et l'observance de ses règles, outrepassé-t-elle le simple exercice de ses droits et cherche-t-elle à imposer à autrui le respect de ses croyances? Dans quelle mesure, s'il y a lieu, une personne peut-elle, en pratiquant sa religion, obliger autrui à accomplir un acte ou à accepter une obligation qu'elle n'aurait pas autrement accomplie ou acceptée selon le cas? Dans un cas où il était nettement question d'une loi - voir R. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 R.C.S. 295 - la Loi sur le dimanche a été déclarée inopérante pour le motif qu'elle avait pour effet d'imposer à des groupes minoritaires une obligation légale d'observer le sabbat chrétien. Pour situer la question dans le contexte particulier de l'espèce : dans sa volonté honnête de pratiquer sa religion, dans quelle mesure une employée peut-elle forcer son employeur à se conformer dans la gestion de son entreprise à ses pratiques ou à faire en sorte qu'elles soient respectées? Jusqu'où, peut-on se demander, peut-on exiger la même chose de ses camarades de travail et, quant à cela, au public en général?⁴⁹

En 1985, «la Cour suprême fut, pour la première fois, confrontée dans l'affaire *Simpsons-Sears* à une demande d'accommodement raisonnable présentée, en l'occurrence, par une vendeuse de magasin dont la pratique religieuse entraînait en conflit avec son horaire de travail. Dans une telle situation, la Cour a constaté une forme indirecte de discrimination, découlant de «l'effet préjudiciable» de l'horaire de travail. L'existence de la discrimination étant ainsi établie aux yeux de la Cour, se posait la question de l'accommodement. L'employeur devait-il aménager l'horaire de travail de cette vendeuse pour lui permettre de respecter ses obligations religieuses?»⁵⁰

Dans cet arrêt *O'Malley*, le juge McIntyre déclare que, «[m]ême si aucun droit ne saurait être considéré comme absolu,

49. *Ibid.* au par. 21.

50. Bosset, «Les fondements», *supra* note 12 aux pp. 8-9.

une conséquence naturelle de la reconnaissance d'un droit doit être l'acceptation sociale de l'obligation générale de le respecter et de prendre des mesures raisonnables afin de le protéger⁵¹. Composante du droit à l'égalité, l'obligation d'accommodement raisonnable repose sur une conception de l'égalité qui n'est pas celle de l'égalité formelle. La Cour suprême l'a d'ailleurs expressément écartée dans l'arrêt *Andrews*⁵². «En effet, l'idée d'un traitement différentiel rendu nécessaire par les exigences de l'égalité, idée qui sous-tend l'accommodement raisonnable, procède d'une conception de l'égalité, conception qui tranche avec celle qui veut que l'égalité signifie un traitement identique. En ce sens, l'accommodement raisonnable est une construction intellectuelle. L'accommodement raisonnable fait aussi appel à l'imagination pratique, car une fois l'idée d'un traitement différentiel admise, il faut en tirer les conséquences concrètes. Ici, les juristes laissent la place aux spécialistes de la gestion des ressources humaines, aux enseignants, aux intervenants de la santé ou encore aux administrateurs publics. Enfin, l'accommodement raisonnable fait appel à l'esprit éthique : il suppose le respect d'autrui tel qu'il est, mais tient aussi compte d'un tissu social sans lequel il ne saurait exister de communauté humaine.»⁵³

On peut aussi référer à l'affaire *Bergevin* où la Cour suprême a confirmé la reconnaissance de l'obligation d'accommodement dans le droit à l'égalité :

Il peut être approprié de commencer par une question : pourquoi devrait-il y avoir un accommodement raisonnable dans les cas où des règles, des normes ou des procédures en matière d'emploi, apparemment neutres, lèsent néanmoins un employé ou groupe d'employés identifiable? La réponse à cette question doit émaner de l'objet même des lois en matière de droits de la personne. Ces lois cherchent, dans la mesure où il est raisonnable de le faire, à garantir l'équité ou la justice en milieu de travail aux

51. *O'Malley*, *supra* note 1 au par. 22.

52. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

53. Bosset, «Les fondements», *supra* note 12 à la p. 5.

personnes de toutes religions, races et nationalités. Pour la vaste majorité des Canadiens, leur travail et leur lieu de travail sont des questions d'importance fondamentale. L'équité en milieu de travail est souhaitée par tous. C'est un objectif magnifique qu'il vaut la peine de s'efforcer d'atteindre. Une fois qu'il est établi que des règles, procédures ou normes en matière d'emploi sont sources de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, l'employeur doit tenter raisonnablement de s'entendre avec les employés lésés qui appartiennent presque toujours à un groupe minoritaire. Pour qu'il y ait égalité et équité véritables en milieu de travail, quelles que soient les croyances religieuses des employés, il va de soi que l'employeur doit être tenu de prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec les employés lésés par les règles en matière d'emploi. Cela est essentiel à la réalisation de l'objet des lois en matière de droits de la personne. Toute mesure moindre frustre l'objet de ces lois et en fait des textes creux de peu de valeur dans le milieu de travail.

Ce principe est si important que le juge McIntyre a indiqué, au nom de notre Cour à l'unanimité, dans l'arrêt *O'Malley*, précité, qu'une mesure d'accommodement raisonnable fait partie intégrante du droit à l'égalité. On peut donc considérer que l'obligation d'accommodement est un aspect fondamentalement important des lois en matière de droits de la personne et une partie intégrante du droit à l'égalité en milieu de travail.⁵⁴

L'obligation d'accommodement raisonnable ne s'applique évidemment pas que dans les cas de discrimination fondée sur la religion. Les autres critères de distinction illicite, tels le handicap et le sexe, bénéficient également de cette notion. De plus, l'obligation d'accommodement raisonnable s'étend à différents secteurs d'activités dans le domaine des biens et services. Ainsi, il peut s'agir, par exemple :

54. *Commission régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525 aux pp. 544-545.

- «pour le propriétaire d'un hôtel⁵⁵, d'un restaurant⁵⁶ ou d'un bar⁵⁷, de permettre l'accès à une personne se déplaçant en fauteuil roulant ou encore accompagnée d'un chien guide;
- pour un tribunal, de fournir à un justiciable sourd les services d'un interprète en langue des signes⁵⁸;
- pour une école privée, de ne pas refuser l'admission à une élève handicapée qui est en mesure de suivre le programme académique de l'établissement⁵⁹;
- pour une commission scolaire, d'autoriser un élève à porter un vêtement requis par sa religion, tant que sont respectées les exigences normales de sécurité;
- pour un cégep, de tenir compte des difficultés particulières à produire certains documents officiels, éprouvées par les immigrants⁶⁰;
- etc.»⁶¹

Évidemment, l'obligation d'accommodement n'est pas illimitée. L'obligation dans le cas de la discrimination religieuse «consiste à prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec le plaignant, à moins que cela ne cause une contrainte excessive : en d'autres mots, il s'agit de prendre les mesures qui peuvent être raisonnables pour s'entendre sans que cela n'entrave indûment l'exploitation de l'entreprise de l'employeur et ne lui impose des frais excessifs.»⁶² Il convient de noter que la jurispru-

55. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Hôtel Villa de France*, T.D.P., 1998 IIJCan 43.

56. *Commission des droits de la personne du Québec c. Restaurant Scampinata*, (1996) 23 C.H.R.R. D/392 (T.D.P.).

57. *Commission des droit de la personne du Québec c. Bar La Divergence*, [1994] R.J.Q. 847 (T.D.P.).

58. *Centre de la communauté sourde du Montréal métropolitain c. Régie du logement*, [1996] R.J.Q. 1776 (T.D.P.).

59. *Commission des droits de la personne du Québec c. Collège Notre-Dame du Sacré-Coeur*, [2002] R.J.Q. 5 (C.A.Q.).

60. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Collège Montmorency* (17 mars 2004), Laval 540-53-000018-030, J.E. 2004-966 (T.D.P.).

61. Bosset, «Les fondements», *supra* note 12 aux pp. 16-17.

62. O'Malley, *supra* note 1 au par. 23.

dence plus récente de la Cour suprême ne fait plus la distinction entre les types de discrimination : qu'il s'agisse de discrimination par suite d'un effet préjudiciable (discrimination indirecte) ou de discrimination directe n'importe plus, car depuis l'arrêt *Meiorin*, l'obligation d'accommodement raisonnable peut naître dans toutes les situations de discrimination⁶³.

Les moyens de défense opposables à l'obligation d'accommodement raisonnable, peuvent aussi bien consister à démontrer le caractère rationnel de la politique, de la règle ou de la norme contestée. Afin d'apprécier le caractère excessif de l'accommodement, l'on considérera l'effort d'accommodement, le caractère excessif de la contrainte, le coût de l'accommodement recherché⁶⁴, l'entrave induite à l'exploitation de l'entreprise ou au bon fonctionnement du service (la nature de la clientèle), les droits des co-employés ou, plus généralement, d'autrui⁶⁵.

Contrairement à ce que semblent croire les co-présidents de la commission sur les accommodements raisonnables, différentes questions continuent ainsi de se poser concernant cette notion juridique. En d'autres termes, le droit n'a pas tout dit⁶⁶. Dépouillé de ses fondements juridiques, l'accommodement raisonnable «pourrait risquer de se voir consacrer, dans l'esprit populaire, le statut d'un *droit*, ayant sa propre autonomie, générant sa propre dynamique et qui se développerait au gré des revendications collectives, culturelles et identitaires.»⁶⁷ Il existe une certaine confusion quant au sens de la notion d'accommodement raisonnable :

63. *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. B.C.G.S.E.U.*, [1999] 3 R.C.S. 3.

64. Pour un exemple récent de l'utilisation de ce critère, voir l'arrêt *Conseil des Canadiens avec déficiences c. Via Rail Canada Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 650.

65. Sur ces moyens de défense, voir Woehrling, «L'obligation», *supra* note 6 aux pp. 340-357.

66. Pierre Bosset, «Limites de l'accommodement : le droit a-t-il tout dit?» (2007) 9 *Éthique publique* 165.

67. Rivet, «L'accommodement», *supra* note 19 aux pp. 377-378.

Il importe donc d'éviter la confusion entre, d'une part, le concept d'accommodement raisonnable en tant que composante inhérente du droit à l'égalité, qui nécessite la gestion individualisée de mesures discriminatoires et, d'autre part, les manifestations de compromis, de tolérance, de conciliation, de fraternité ou de savoir-faire, qui favorisent le règlement des conflits et des frictions inévitables de la vie en société par des mesures d'adaptations volontaires.⁶⁸

Pour le dire autrement, plusieurs cas présentés comme des demandes d'accommodements raisonnables sont en fait des situations de gestion de la diversité culturelle. Il importe par conséquent de distinguer «les conflits de droits, qui font appel à l'obligation d'accommodement et les conflits de valeurs, qui font l'objet de mesures d'adaptation volontaires de la part des organisations.»⁶⁹ En fait, il faut insister sur l'idée qu'il n'y a d'obligation d'accommodement raisonnable que lorsqu'il y a atteinte au droit à l'égalité ou discrimination. Il faut préciser les balises juridiques pour la gestion de la diversité religieuse.

Juridiquement, il existe donc un certain nombre de questions qui continuent de se poser en matière d'accommodement raisonnable. Le droit n'est pas aussi précis que l'on voudrait bien le laisser entendre parfois. C'est pourquoi la commission Bouchard-Taylor devrait aussi examiner les aspects juridiques des accommodements raisonnables. Examinons brièvement certaines question non-entièrement théorisée en matière d'obligation d'accommodement raisonnable.

Une première question irrésolue consiste à déterminer si les valeurs – telle celle exprimée par le principe de l'égalité des sexes – peuvent être des limites raisonnables aux demandes d'accommodements religieux. La question a été soulevée récemment alors que le Conseil du statut de la femme du Québec a pro-

68. *Ibid.* à la p. 378.

69. Azdouz, «Les conflits», *supra* note 13 à la p. 353.

posé que le droit à l'égalité ait priorité sur la liberté de religion⁷⁰. Le gouvernement s'est d'ailleurs empressé d'annoncer qu'il acceptait de modifier la Charte québécoise en ce sens, sans même attendre les recommandations de la commission Bouchard-Taylor. Le Tribunal des droits de la personne et la Cour suprême du Canada ont récemment rendu des décisions importantes concernant les rapports entre le droit à l'égalité et la liberté de religion⁷¹.

Concernant cette question de savoir si les valeurs peuvent servir de contrainte excessive, Pierre Bosset écrit : «Bien que des considérations fonctionnelles permettent déjà de limiter la portée de cette obligation (à travers la notion de contrainte excessive), rarement les limites de l'obligation sont-elles définies en se référant de façon explicite aux valeurs qu'expriment les droits fondamentaux. La légitimité des solutions juridiques fondées sur l'accommodement raisonnable est parfois remise en question sur cette base – particulièrement, en matière religieuse, sous l'angle de l'égalité des sexes. [...] Ordre public, valeurs démocratiques et bien-être général apparaissent donc comme autant de limites possibles à l'obligation d'accommodement raisonnable.»⁷²

Une autre question qui demeure en suspens est celle de savoir si l'application de la logique de l'accommodement raisonnable peut s'étendre à d'autres droits. Sur ce point, les avis sont partagés. D'un côté, Christian Brunelle et José Woehrling soutiennent que l'atteinte à la liberté de religion peut créer une obligation d'accommodement raisonnable⁷³. Dans l'arrêt *Amselem*, les juges minoritaires ont cependant expliqué pourquoi l'accommodement raisonnable ne peut être importé à d'autres droits :

70. Conseil du statut de la femme, «Droit à l'égalité entre les femmes et les hommes et liberté de religion», 2007.

71. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Smith et Bennett) c. Hôpital Général Juif Sir Mortimer B. Davis*, 2007 QCTDP 29 (CanLII); *Bruker c. Marcovitz*, 2007 CSC 54.

72. Bosset, «Les fondements», *supra* note 12 à la p. 167.

73. Christian Brunelle, «La sécurité et l'égalité en conflit» dans *La Charte des droits et libertés de la personne : Pour qui et jusqu'où?*, Cowansville, Yvon Blais, 2005, 343 aux pp. 357-359. Woehrling, «L'obligation», *supra* note 6 aux pp. 357 et suiv.

C'est d'ailleurs pour cette raison que notre Cour faisait valoir dans l'arrêt *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790, p. 818, que l'art. 10 de la *Charte québécoise*, qui fait intervenir le devoir d'accommodement, ne peut servir à contourner l'application de l'art. 9.1 et à ainsi éviter de déterminer l'étendue du droit fondamental en cause conformément aux limites prescrites par l'art. 9.1.⁷⁴

Dans *Devine*, la Cour suprême a ainsi justifié pourquoi, dans le cadre de la *Charte québécoise*, les principes du droit à l'égalité ne constituent pas une façon de «contourner» la disposition limitative :

Bien qu'il soit exact que l'art. 9.1 ne s'applique pas au principe d'égalité enchâssé à l'art. 10, il s'applique à la garantie de liberté d'expression enchâssée à l'art. 3. Chaque fois qu'il est allégué qu'une distinction fondée sur un motif interdit par l'art. 10 a pour effet de compromettre ou de détruire un droit que prévoit l'art. 3, la portée de cet article doit être déterminée à la lumière de l'art. 9.1. Lorsque, comme en l'espèce, l'art. 9.1 a pour effet de limiter la portée de la liberté d'expression que garantit l'art. 3, l'art. 10 ne peut être invoqué pour contourner les limites raisonnables à cette liberté et y substituer une garantie absolue de liberté d'expression.⁷⁵

Dans un récent article, la juge Rivet pose la question suivante : «si tant est que l'obligation d'accommodement raisonnable, propre à l'article 10, ne peut servir à contourner l'application de l'article 9.1 de la *Charte québécoise*, comment pourrait-on en toute logique, lorsque dans un litige où le droit à l'égalité n'est même pas l'enjeu premier, vouloir appliquer l'obligation d'accommodement raisonnable à un autre droit par ailleurs soumis à l'article 9.1?»⁷⁶ Au surplus, la liberté de religion reçoit une interprétation subjective plus large qui pourrait entraîner des ac-

74. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551 au par. 154 [Amselem].

75. *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790 à la p. 818.

76. Rivet, «L'accommodement», *supra* note 19 à la p. 384.

commode dans des contextes où les conditions d'atteinte au droit à l'égalité ne sont pas satisfaites.

D'ailleurs, à la lecture des arrêts *Amselem* et *Multani*⁷⁷, il est frappant de constater que la Cour suprême n'a pas abordé la question en litige sous l'angle du droit à l'égalité et de l'obligation d'accommodement raisonnable, mais plutôt à partir de la liberté de religion. Pourtant, dans les deux cas, des accommodements raisonnables avaient été au départ proposés par le syndicat de propriétaires (une souccah commune dans les jardins – les résidents juifs orthodoxes ont cependant refusé cette mesure d'accommodement) et par la commission scolaire (visant à sceller le kirpan à l'intérieur des vêtements - le conseil d'établissement de l'école a par la suite refusé d'entériner l'entente acceptée par l'élève et ses parents). Contrairement à ce qui est bien souvent véhiculé, ces affaires *Amselem* et *Multani* ne portent donc pas, à tout le moins selon les termes des décisions de la Cour suprême du Canada, sur le principe de l'obligation d'accommodement raisonnable. Dans *Amselem*, il s'agit plutôt d'une question de liberté de religion, définie selon une approche subjective (c'est-à-dire le critère de la croyance sincère). En ne traitant pas des articles 10 et 13 de la *Charte québécoise*⁷⁸, les juges n'entrent donc pas dans la logique des moyens de défense que l'on peut faire valoir pour démontrer que l'obligation d'accommodement a été remplie. Une telle approche aurait pu permettre de considérer autrement l'effort d'accommodement qu'avait fait le syndicat de copropriétaires en offrant une souccah commune. Dans *Multani*, le port du kirpan à

77. *Multani c. Commission scolaire Marguerite Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256 au par. 132 [*Multani*]. Cet arrêt soulève au surplus la question de savoir s'il faut appliquer la *Charte québécoise* ou la *Charte canadienne*, ce qui peut être particulièrement pertinent dans le cas du droit à l'égalité qui ne reçoit pas la même interprétation dans les deux cas : Daniel Proulx, «Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination: deux Chartes, deux modèles», *Revue du Barreau du Québec*, numéro spécial (2003), 485.

78. Sylvie Gagnon, «Quelques observations critiques sur le droit à une réparation selon la Charte des droits et libertés de la personne», dans *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où?*, supra note 73, p. 261 à la p. 272.

l'école est érigé en un droit fondamental des enfants à leur liberté de religion. Une telle conception heurte la tradition libérale⁷⁹.

L'application de l'analyse juridique de l'accommodement raisonnable dans le contexte constitutionnel est une autre question qui demeure irrésolue à ce jour. Tant la doctrine que la jurisprudence se sont parfois prononcées en faveur du déplacement de la logique développée dans le contexte individuel du droit à l'égalité dans le cadre des lois relatives aux droits de la personne vers la logique plus globale du droit constitutionnel. Il s'agit alors de s'interroger notamment sur «la transposition d'un concept né et élaboré dans le domaine des relations de travail et de la fourniture de services à celui de l'activité législative et réglementaire»⁸⁰. La Cour suprême a elle-même posé directement le problème récemment dans l'affaire *Multani* qui concerne le port du kirpan à l'école. Les juges se sont divisés sur cette question de savoir si le cadre juridique de l'accommodement raisonnable peut être reproduit au niveau de l'atteinte minimale et de la limitation des droits. Dans *Amsalem*, les seuls juges qui s'étaient prononcés sur la disposition justificative ou limitative, soit les juges minoritaires, ont exprimé l'avis que «l'accommodement raisonnable n'a pas sa place dans l'analyse fondée sur l'article 9.1»⁸¹. Dans *Multani*, d'un côté, les juges Deschamps et Abella écrivent que, malgré leurs similitudes, les concepts d'atteinte minimale et d'accommodement raisonnable «appartiennent à deux catégories d'analyse distinctes.»⁸² De l'autre côté, la juge Charron, écrivant au nom de ses collègues McLachlin, Bastarache, Binnie et Fish, considère que le critère de l'atteinte minimale est analogue à l'obligation d'atteinte minimale⁸³.

79. John Locke, *Second Traité du gouvernement civil*, Paris, PUF, 1994 aux par. 52 et 63.

80. Woehrling, «L'obligation», *supra* note 6 à la p. 357.

81. *Amsalem*, *supra* note 74 au par. 154 (juges Bastarache, LeBel et Deschamps).

82. *Multani*, *supra* note 77 au par. 129. Voir les paragraphes 130 à 134.

83. *Ibid.* aux par. 52 et 53.

Selon Jean-François Gaudreault-Desbiens, «les juges Deschamps et Abella se montrent à bon droit conscientes de la différence qualitative existant entre les deux processus de justification s'agissant de contribuer à la solution d'un différend dont les enjeux ne sont tout simplement pas les mêmes. Alors que, dans les cas de demandes d'accommodement raisonnable, il est dans l'intérêt des parties d'atteindre, après une *négociation raisonnée et balisée par le droit*, une solution juste sur le plan intersubjectif mais aussi concrètement vivable, l'abstraction qui caractérise l'arbitrage des droits et des valeurs dans le cadre constitutionnel *stricto sensu* permet difficilement d'en arriver à ce type de solution. Par ailleurs, ce cadre constitutionnel a la propriété de maximiser les attentes des revendicateurs de droits alors que, sans les minimiser, le cadre de l'accommodement raisonnable les relativise, ou du moins tend à faire échec à l'application systématique et indifférenciée d'une conception dworkinienne des droits comme atouts («rights as trumps»).»⁸⁴

Cette dernière citation soulève directement la question qu'il convient maintenant d'aborder, soit celle du droit comme problème d'action collective.

II. L'écart entre le droit et le monde vécu

Comme la première partie l'illustre, le problème autour de l'accommodement raisonnable semble notamment reposer dans cet écart qui s'est creusé entre le droit et le monde vécu. Pour poser le problème du droit comme action collective, prenons l'exemple du port du kirpan à l'école. Voici ce qu'en disait Gaudreault-Desbiens avant même que la Cour d'appel du Québec n'entende l'affaire : «[...] aussi épineuse que cette affaire ait pu s'avérer sur les plans social et politique, elle était, sous l'angle du droit, plutôt simple à régler. D'une part, les faits ne présentaient

84. Jean-François Gaudreault-Desbiens, «Quelques angles morts du débat sur l'accommodement raisonnable à la lumière de la question du port de signes religieux à l'école publique : réflexions en forme de points d'interrogation», dans M. Jézéquel, *supra* note 12, 241 à la p. 272. [Gaudreault-Desbiens, «Quelques angles»].

aucune complexité particulière. [...] D'autre part, le cadre juridique applicable n'était pas lui non plus des plus complexes.»⁸⁵. Les difficultés sociales auxquelles fait référence l'auteur, concernent largement la réaction très forte de plusieurs autres parents de l'école fréquentée par le jeune *Multani* à l'époque. Dès lors, comment expliquer qu'une question juridique simple suscite une telle contestation sociale? La philosophie politique (A.) et la théorie du droit (B.) peuvent servir à poser la question du droit comme problème d'action collective.

A. La philosophie politique

Certains ont cherché à expliquer cette situation en référant directement aux limites du droit. Dans son ouvrage *La force de conviction*, Guillebaud écrit :

[...] une société pluraliste ne l'est *que jusqu'à un certain point*. Quant à la neutralité de l'État, en réalité, elle ne peut faire l'économie d'une croyance commune. Elle aussi réclame d'être posée sur des *fondements*. Pour garder sa cohérence et sa solidité, elle doit obtenir de tous ses membres, au-delà des particularités qui les séparent, un *assentiment* commun. (Toutes les difficultés liées à l'intégration des immigrés viennent de là.) Pour le dire en d'autres termes, une croyance commune est toujours nécessaire pour *faire société*. Quand celle-ci s'étiole, la société en fait autant. Or, nos sociétés développées en sont là; elles se situent dans cet entre-deux. Ce qui les ressemble malgré tout demeure implicite, rarement énoncé de façon claire, et donc peu mobilisateur. Elles bivouaquent dans le flou et le tacite, pourrait-on dire. Elles hésitent entre un multiculturalisme assumé et une *doxa* inexprimée.⁸⁶

85. Jean-François Gaudreault-Desbiens, «Du crucifix au kirpan : quelques remarques sur l'exercice de la liberté de religion dans les établissements scolaires» dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit de l'éducation*, Cowansville, Yvon Blais, 2002, 89 aux pp. 92 et 93.

86. Jean-Claude Guillebaud, *La force de conviction. À quoi pouvons-nous croire?*, Paris, Seuil, 2005 à la p. 305.

Il poursuit :

La règle de droit, à elle seule, n'est pas capable de remédier à ce flou. Le juridisme contemporain, qui prétend remplacer la croyance et la morale par le droit conçu comme pure technique, est une naïveté. [...] Une société, pour exister, réclame donc un lien d'une nature tout autre que strictement juridique.⁸⁷

On peut utiliser l'analyse habermassienne fondée sur la place du droit dans le monde vécu pour mieux comprendre le problème dont il est question ici⁸⁸. Le développement social de l'État a amené ce dernier «à régler des conflits liés au monde vécu, c'est-à-dire des conflits relatifs à des zones d'action traditionnellement régulées par le médium du langage et de la discussion.»⁸⁹

On voit le droit utilisé de plus en plus pour satisfaire des revendications sans doute à certains égards justifiées. Au nom d'exigences morales pratiques légitimes, telle celle de l'égalité de l'homme et de la femme, l'État se trouve amené à intervenir à travers le médium du droit dans des zones d'activité qui sont celles du monde vécu. Cette quatrième forme contemporaine d'extension du droit, note Habermas, est critiquable : elle risque d'engendrer une perte de liberté parce qu'elle substitue la régulation systémique propre au discours juridique à la régulation par le langage ordinaire propre au "monde vécu".⁹⁰

87. *Ibid.*

88. Présentation faite à partir de Jacques Lenoble, «Droit et communication: Jürgen Habermas» dans Pierre Bouretz, dir., *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991 à la p. 163.

89. *Ibid.* à la p. 182. Il ajoute: «Habermas reprend les deux exemples classiques qu'analyse la sociologie juridique allemande: celui de l'intervention croissante du droit et du juge dans les domaines familial et scolaire. On voit de plus en plus l'État intervenir par le médium du droit dans ces zones d'activité.»

90. *Ibid.* à la p. 184.

Selon Habermas, c'est le caractère systémique du droit qui l'empêche d'intervenir de façon adéquate dans les problèmes liés à la famille ou à l'école⁹¹.

À la place du droit utilisé comme "médium" devrait au contraire intervenir ici des procédures de règlement des conflits qui soient adaptées aux structures de l'agir orienté vers l'intercompréhension. Il faudrait avoir recours ici à "des processus discursifs de formation de la volonté et [à] des procédures de négociation et de décision" permettant de prendre en compte les contextes individualisés. Pour cette raison, Habermas note que l'utilisation du droit et du juge est inadéquate dans ces contentieux. Cette extension du rôle du droit qui s'accomplit à notre époque aboutit à une "perte de liberté" : elle marque une évolution critiquable de nos sociétés modernes liée à l'interventionnisme croissant de l'État social. Elle provoque une "colonialisation du monde vécu", c'est-à-dire une emprise croissante et indue des mécanismes systémiques au dépend des contextes normatifs de l'agir orienté vers l'intercompréhension. A l'encontre d'une telle emprise, J. Habermas suggère de développer au sein de la société civile un espace public autonome, assurant ainsi une préservation de lieux garantissant le maintien et le développement des zones d'activités médiatisées par le langage ordinaire.⁹²

Dans une tentative de dépassement de l'éthique argumentative à la Habermas, Jean-Marc Ferry prône une éthique reconstructive. La reconstruction, selon ce dernier, est plus

91. *Ibid.* aux pp. 183-185. L'intervention du droit serait inadéquate, selon Habermas, lorsqu'il s'agit de «prendre en compte les spécificités les plus individuelles propres aux conflits pédagogiques ou familiaux» - plutôt que de viser à assurer «le respect des principes d'égalité et de liberté» ou «le respect des exigences qu'impose le principe d'universalisation de la Raison pratique». «Pour J. Habermas en effet, "les normes du droit valent sans que soient prises en compte les personnes concernées, avec leurs besoins et leurs intérêts; leurs expériences sont absentes et leurs contextes vécus écartés". En ce sens le recours au droit et au juge méconnaît les exigences propres à ces contextes conflictuels.» Voir Jürgen Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, t. II, Paris, Fayard, 1987 aux pp. 403 et suiv.

92. *Ibid.* aux pp. 183-184.

intersubjective que l'argumentation; elle est plus fortement éthique, moins strictement cognitiviste. «Cependant, la reconstruction appelle, au-delà de l'entente, la reconnaissance réciproque.»⁹³ Avec l'éthique reconstructive de Ferry, nous passons d'une pragmatique procédurale à une pragmatique contextuelle⁹⁴ : «Argumenter : d'un côté, on conteste, de l'autre, on défend en justifiant rationnellement. Reconstruire veut dire, d'une part, analyser, élucider, et, de l'autre, reconnaître.»⁹⁵ Comme l'écrit Marc Maesschalck, «ce passage repose sur l'élaboration du statut épistémologique du contexte du point de vue de l'application des normes»⁹⁶. La reconstruction fait appel à des éléments expérimentiels du monde de la vie. «En effet, la reconstruction permettra d'investiguer le sol de pertinence qui fait que les arguments donnés sont estimés plus ou moins forts. Cela nous renvoie à l'arrière-plan du monde vécu.»⁹⁷

Réfléchissant aux relations entre religions et espaces publiques démocratiques, Marc Maesschalck a cherché une solution aux limites des modèles libéral et délibératif proposés par Rawls et Habermas⁹⁸. Il s'agit en fait d'un dépassement du paradigme délibérativiste, inspiré par le tournant pragmatiste, «pour tenter de déterminer les arrangements institutionnels nécessaires pour mettre les acteurs concernés en capacité de participer aux processus de prise de décision»⁹⁹. Plus particulièrement, Maesschalck prétend que les critiques élaborées par les théories pragmatistes peuvent apporter d'importants éléments de réflexion pour sortir de l'impasse dans lequel se trouve la gouvernance démocratique des religions. Pour aller directement au cœur de son argumentation,

93. Jean-Marc Ferry, *L'éthique reconstructive*, Paris, Cerf, 1996 à la p. 59 [Ferry, «L'éthique»].

94. Jean-Marc Larouche et Guy Jobin, «Vers une «pragmatique contextuelle» : l'éthique reconstructive de Jean-Marc Ferry» (1997) 9 *Ethica* 181.

95. Ferry, «L'éthique», *supra* note 93 aux pp. 60-61.

96. Marc Maesschalck, *Normes et contextes*, Olms, Hildesheim, 2001 à la p. 3.

97. Ferry, «L'éthique», *supra* note 93 à la p. 60.

98. Marc Maesschalck, «Religions et démocratie délibérative. Comment sortir de l'impasse?» (2006) 8 *Éthique publique* 16 [Maesschalck, «Religions»].

99. *Ibid* à la p. 21.

voici ce qu'il écrit : «Le point crucial ne réside plus dans la mise en évidence de la contrainte rationnelle d'une discussion juste, mais dans les conditions rendant possible un apprentissage à partir de la confrontation réelle entre différents acteurs engagés, en fonction de leurs intérêts spécifiques, dans un domaine de gouvernance à niveaux multiples.»¹⁰⁰ C'est cette question de l'apprentissage social qui semble faire défaut dans la pratique de l'accommodement raisonnable.

L'éthique de discussion qui sous-tend la politique délibérative chez Habermas insiste sur le principe de participation de tous ceux qui sont en principe concernés, tendant même à prôner l'égalité des participants dans une situation idéale de parole. La critique pragmatiste insiste justement sur cette question de la capacité des acteurs à participer effectivement aux processus délibératif et décisionnel. Deux orientations se dégagent : «l'une cherche à mettre en capacité les acteurs par une réforme des structures participatives procédant en général d'un principe de décentralisation et de mise en réseau; l'autre cherche à obtenir cette mise en capacité en déterminant plus précisément des mécanismes d'apprentissage collectif susceptibles d'être intégrés dans les mécanismes existants de résolution de problèmes.»¹⁰¹

Selon Marcel Gauchet, la tâche de la philosophie politique ou d'une théorie de la politique démocratique consiste précisément à déterminer les conditions auxquelles les processus décisionnels peuvent être *appropriables* par la communauté politique autonome. Cela nécessite la participation des acteurs-citoyens dans ce pouvoir démocratique. Les communautés autonomes «s'appliquent à elles-mêmes, elles s'organisent elles-mêmes, non pas de manière délibérée et consciente, mais de manière processuelle. Le politique consiste dans les dimensions spécifiques par lesquelles passe cette autonomie processuelle»¹⁰². C'est ce caractère *appropriable* de la politique des accommodements raisonnables, comme mesure

100. *Ibid.* à la p. 23.

101. *Ibid.* à la p. 19.

102. Marcel Gauchet, «Les tâches de la philosophie politique» (2002) 19 Revue du MAUSS 275 aux pp. 302-303.

d'adaptation de la société québécoise à la diversité religieuse, qui semble faire partiellement défaut. Partiellement, car le principe de l'accommodement raisonnable serait mieux appropriée par ceux qui l'appliquent et le vivent dans différents milieux. Discutant de la discrimination fondée sur le handicap dans le milieu du travail, Me Linda Lavoie écrit :

Le système judiciaire, par les nombreux jugements et les nombreuses décisions qui ont constamment rappelé les parties à l'ordre, a donné au monde du travail une véritable leçon de vie. Les juges et les décideurs ont eu le courage de faire en sorte que les grands principes qui gouvernent notre société trouvent une application concrète dans un secteur de la vie aussi important que celui du travail.¹⁰³

Si l'accommodement raisonnable a dû aussi exiger de la part des syndicats qu'ils acceptent de s'éloigner de la logique de la négociation collective¹⁰⁴, cette notion a aussi servi à l'apprentissage des employeurs :

Les tribunaux ont agi en véritables chiens de garde de leur (les employés) droit à l'égalité si bien que les employeurs les plus réticents ont été amenés à combattre leurs préjugés, parfois tenaces à l'égard de certaines affections, pour faire preuve d'ouverture d'esprit, d'imagination et même, dans certains cas, d'ingéniosité. Ils ont été appelés à se dépasser et nous en sommes collectivement plus riches.¹⁰⁵

Dans sa théorie systémique des processus de légitimation, Niklas Luhmann recourt également à la notion d'apprentissage, liée à la nécessaire acceptation :

-
103. Linda Lavoie, «Discrimination fondée sur le handicap et stratégies d'accommodement» dans M. Jézéquel, *supra* note 12, 31 à la p. 34 [Lavoie, «Discrimination»].
104. Sur l'effet de l'obligation d'accommodement raisonnable sur les syndicats, voir Christian Brunelle, «Le droit à l'accommodement raisonnable dans les milieux de travail syndiqués : une invasion barbare?» dans M. Jézéquel, *supra* note 12, 51.
105. Lavoie, «Discrimination», *supra* note 102 à la p. 33.

Nous voulons dire par là que les personnes concernées adoptent la décision à titre de prémisses de leur propre comportement et restructurent en conséquence leurs attentes, quelles que soient leurs raisons. [...] Quoiqu'il en soit, au fondement de la reconnaissance se trouve un processus d'apprentissage, c'est-à-dire une modification des prémisses d'après lesquelles l'individu traitera par la suite ses expériences, choisira ses actions et se représentera lui-même. Ce processus d'apprentissage échoue lorsque la personne concernée tente de se conserver en protestant contre la décision, en résistant, en brandissant constamment son droit lésé, en nourrissant son propre malheur et en cherchant aide et approbation afin d'organiser une résistance face à la décision ; en un mot, lorsqu'elle n'apprend pas, mais se cantonne plutôt sur ses anciennes attentes déçues. Lorsque l'apprentissage est réussi, les attentes modifiées par la décision seront observées pour ainsi dire de manière automatique, de l'intérieur de l'individu, et seront traitées comme un fait (qu'il soit bienvenu ou non); lorsque l'apprentissage a échoué, il faut à chacune des situations de nouveaux stimuli spécifiques provenant de l'extérieur pour que puisse se produire un comportement conforme à la décision.¹⁰⁶

Définissant en cela la positivisation du droit, Luhmann écrit que «le droit dans son ensemble est le résultat de décisions»¹⁰⁷. La légitimité du droit sera assurée par «la reconnaissance des prémisses des décisions»¹⁰⁸. Cherchant à expliquer comment l'arbitrage de griefs s'est transformé pour intégrer les normes de discrimination contenues dans la *Charte des droits et libertés de la personne*, Lapierre, Rocher et Vallée écrivent :

Or, toute décision juridique impose un apprentissage de la part des acteurs en cause, parce qu'un acte juridique vient toujours modifier une situation antérieure : il en va

106. Niklas Luhmann, *La légitimation par la procédure*, Paris/Ste-Foy, Cerf/P.U.L., 2001 aux pp. 25-26.

107. *Ibid.* à la p. 24.

108. *Ibid.*

ainsi d'une nouvelle loi, d'un nouveau règlement, d'un contrat, d'une décision judiciaire. Et cet apprentissage se produit tant chez le législateur qui doit lui-même apprendre pour changer la loi que chez les justiciables et les citoyens, tant chez le juge qui opère un changement dans une situation concrète ou dans l'interprétation de la loi que chez les parties impliquées dans un procès et leurs procureurs. Du même coup, cet apprentissage est la voie dynamique par laquelle s'engage le processus d'acceptation des décisions juridiques, judiciaires ou réglementaires et l'acceptation des décisions juridiques, judiciaires ou réglementaires et l'acceptation des conséquences contraignantes qui en découleront pour eux-mêmes et pour d'autres.¹⁰⁹

Il ne suffit cependant pas d'accroître l'incitation à la participation pour réaliser l'apprentissage collectif d'une nouvelle culture de la gouvernance¹¹⁰.

C'est en ce sens que la critique actuelle du délibérativisme peut elle-même paraître insuffisante. Certes, elle insiste sur l'apprentissage social à travers des mécanismes de participation. «Mais elle laisse en suspens la médiation collective par laquelle une structure d'incitation à la participation peut garantir d'elle-même un accroissement de rationalité de la part des acteurs qu'elle engage.»¹¹¹ Entre le délibérativisme et le pragmatisme, «il y a une construction possible d'apprentissages spécifiques qui permet de déterminer la manière dont peut progressivement se constituer un «nous» explicite doté d'une culture intermédiaire de son action et dès lors capable de donner aux individus de nouvelles compétences en fonction de leur interconnexion dans cette structure d'échange particulière.»¹¹² Maesschalck mentionne alors l'exemple

109. Jean Marcel Lapierre, Guy Rocher et Guylaine Vallée, «Légitimités et légitimations de l'arbitrage de griefs : la notion d'apprentissage chez Luhmann», dans Michel Coutu et Guy Rocher, dir., *La légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, Québec, P.U.L., 2005, 356 aux pp. 365-366.

110. Maesschalck, «Religion», *supra* note 98 à la p. 21.

111. *Ibid.* à la p. 23.

112. *Ibid.*

du concept de communautés de pratique développé par la théorie des systèmes organisationnels, selon lequel «on considère la participation à des processus collectifs comme une «collaboration active aux pratiques d'une communauté sociale et une construction d'identité en lien avec elle»¹¹³. Pour créer un tel contexte, le dispositif de réseau, propre au modèle systémique, peut servir de modèle. «Avec le temps, le réseau d'échange devient une histoire commune pour les participants, ce qui implique que les relations se constituent, que leur maintien devient une part de l'entreprise et qu'une nouvelle culture de l'action peut prendre consistance en fournissant un répertoire d'action nouveau.»¹¹⁴

Pour le dire autrement, la participation ne suffit pas pour former une nouvelle identité dans l'espace collectif. «Pour rendre appropriable une destination commune, il est nécessaire que les membres des sous-groupes religieux concernés puissent expérimenter la confiance dans un projet conçu comme une action conjointe, l'engagement au soutien mutuel dans la réalisation de ce projet et, à terme, assister à l'émergence de nouveaux porteparole intervenant dans les processus de décision et rendant la politique toujours plus accessible.»¹¹⁵

Lorsqu'il est question de l'écart entre le droit et le monde vécu, il importe de faire une distinction entre la société en général et les milieux pratiques (milieux du travail, scolaire, de la santé) où des demandes d'accommodement sont réellement formulées. S'il semble y avoir un écart important entre le droit et le monde vécu, c'est davantage au plan de la société. Car, au sein des milieux pratiques où l'accommodement raisonnable est mise en œuvre, l'approche fondée sur les accommodements raisonnables institue précisément une forme de médiation entre les acteurs : «[...] il est évident que l'introduction de l'obligation d'accommodement raisonnable, par les tribunaux, a considérablement changé la conception traditionnelle du droit du travail, notamment le droit de gérance de l'employeur, la responsabilité

113. *Ibid.*

114. *Ibid.*

115. *Ibid.* à la p. 26.

des autres salariés ainsi que la façon dont la convention collective doit être appliquée et interprétée. Dans les milieux syndiqués, il est clair que la recherche d'une égalité plus inclusive demande l'adaptation d'une culture de travail qui était auparavant essentiellement tournée vers une dynamique de droits collectifs.»¹¹⁶

Dans l'arrêt *Multani*, les juges Deschamps et Abella reconnaissent la fonction d'apprentissage jouée par la pratique de l'accommodement raisonnable :

Le processus imposé par l'obligation d'accommodement raisonnable tient compte des circonstances précises dans lesquelles les intéressés doivent évoluer et laisse place à la discussion entre ces derniers. Cette concertation leur permet de se rapprocher et de trouver un terrain d'entente adapté à leurs propres besoins.¹¹⁷

La pratique de l'accommodement raisonnable s'inscrit alors dans ce que Marc Hunyadi appelle une pragmatique de la médiation¹¹⁸. La question se pose, dans les termes procéduraux, «d'une garantie assumée d'offrir la possibilité de s'accorder sur une règle. Il s'agit donc d'offrir, et même d'imposer les cadres juridiques d'une médiation équitable entre des aspirations qui ont au départ la présomption de légitimité ; il appartient ensuite aux concernés – c'est-à-dire au cercle de ceux qui aspirent à la reconnaissance, puis le cas échéant à la satisfaction de leurs revendications – de donner corps à cette médiation, en adoptant telle règle qui satisfasse leurs aspirations et, à travers d'elles, leur personne. Toute autre conception que procédurale réprime nécessairement et a priori certains intérêts (et donc : les personnes en tant qu'elles sont porteuses de ces intérêts), dont on ne peut pourtant pas simplement préjuger, sous les conditions de pluralisation qui prévalent aujourd'hui, qu'ils n'ont pas voix au chapitre.»¹¹⁹

116. Rivet, «L'accommodement», *supra* note 19 à la p. 376.

117. *Multani*, *supra* note 77 au par. 131.

118. Mark Hunyadi, *La vertu du conflit*, Paris, Cerf, 1995 à la p. 89.

119. *Ibid.* aux pp. 100-101.

Une telle approche favorise un mode de résolution des conflits en fonction du niveau de normativité approprié. «La pointe de la morale de la médiation consiste donc à définir la normativité d'une règle en fonction de l'aire d'intersubjectivité concrète au sein de laquelle les concernés peuvent faire valoir leurs aspirations, qui elles-mêmes renvoient à cette parcelle d'identité que définissent ces aspirations.»¹²⁰ «Concrètement, cela revient non à légiférer dans un sens substantiel, mais à requérir à chaque fois des procédures de médiation : de la sorte, la légitimité d'une décision ne résultera pas de son adéquation à une fin donnée d'avance, mais de l'établissement intersubjectif, cas par cas, d'une règle au niveau de normativité qui est le sien, c'est-à-dire par le cercle de tous les concernés.»¹²¹ À cet égard, l'erreur dans l'affaire *Multani*, a peut-être été, au moment d'en arriver à cet accommodement qui avait été initialement négocié (c'est-à-dire que certaines conditions visant à sceller le kirpan à l'intérieur de ses vêtements soient respectées), de ne pas y avoir dès lors associé les autres parents...

B. La théorie du droit

Analysons maintenant la situation sous l'angle, parallèle, de la théorie du droit¹²². La réflexion philosophique sur le droit s'est par moments concentrée sur le débat d'arrière-plan, soit le débat métathéorique de la réflexion épistémologique. C'est ainsi que Kelsen a fondé sa théorie pure du droit sur le positivisme logique et que, plus récemment, Hart a ouvert la porte à l'herméneutique par son emprunt à la philosophie du langage ordinaire. C'est le pragmatisme, non pas celui de Rorty, mais le renouveau pragmatiste dont parle Coleman, avec ses fondements chez Sellars, Quine, Davidson et Putnam, qui est intéressant pour le présent développement. Dans cette perspective, l'enjeu d'une théorie du jugement est le suivant :

120. *Ibid.* à la p. 107.

121. *Ibid.* à la p. 101.

122. Je suis ici le développement de Jacques Lenoble, «Les exigences du tournant pragmatiste et la redéfinition du concept de droit» (2006) 126 *Les Carnets du Centre de Philosophie du droit* (Université catholique de Louvain, Louvain-la-Neuve, Belgique).

Élucider le phénomène juridique revient à comprendre cette pratique par laquelle un groupe social produit une signification normative partagée. Cette compréhension présuppose donc nécessairement elle-même une certaine compréhension du processus par lequel se produit un effet de sens dans la réalité (sociale). Tel est bien l'enjeu d'une théorie du jugement : celle-ci vise à réfléchir les conditions de possibilité de l'opération (c'est-à-dire de l'action, de la pratique) par laquelle un jugement produit des effets de sens. En reconstruisant les conditions du processus d'effectuation (c'est-à-dire d'application) du jugement, la réflexion épistémologique fournit donc un accès nécessaire et privilégié pour mettre en évidence les conditions de possibilité de la pratique par laquelle un groupe social produit et «reconnaît» une autorité normative, c'est-à-dire les conditions de possibilité d'une gouvernance par la droit.¹²³

Le point de vue internaliste de Dworkin permet peu ou prou d'expliquer les conditions d'émergence d'une pratique sociale (future interprétative) d'adhésion à une signification normative partagée. C'est ainsi que le pragmatisme reformule la question de base de la théorie du droit. La théorie herméneutique permet néanmoins de présenter le droit comme science normative et non descriptive dans le cadre d'une pratique interprétative qui lie le droit et la morale. Poursuivant dans la voie ouverte par les critiques sociologiques et réalistes du positivisme juridique, l'herméneutique dworkinienne insiste sur le pouvoir créateur du juge. En complétant le modèle positiviste du système juridique, qui n'était formé que de règles (primaires et secondaires), la théorie de Dworkin explicite le rôle des principes. Ce dernier a également critiqué la règle de reconnaissance au cœur de la théorie de Hart.

Comment les Québécois peuvent-ils produire une signification normative partagée en matière d'obligation d'accommodement raisonnable? C'est ainsi que le pragmatisme reformule la question

123. *Ibid.* à la p. 5.

à la base de la théorie du droit. En se fondant sur les débats de théorie sociale et de philosophie de l'action, la théorie pragmatiste entend réaffirmer la règle de reconnaissance en référant à l'usage. «En effet, si l'on admet que l'intention partagée n'est pas «dans l'esprit des acteurs mais qu'elle doit s'incarner dans des dispositifs institutionnels qui la rendent possible, on peut reformuler cette même proposition dans la forme suivante : les ressources fournies par les capacités internes à la raison des acteurs ne sont pas suffisantes à assurer la réalisation de l'intentionnalité visée par l'action coopérative»¹²⁴.

Le processus judiciaire doit assurer une construction adéquate du contexte que le juge doit considérer afin de décider. La signification est fonction de l'usage, un usage qui est une pratique sociale partagée. D'où l'importance d'une certaine activité coopérative susceptible de créer des raisons communes. Il serait illusoire de croire que cette action coopérative est limitée à la formulation immédiate des intentions, intérêts et préférences des acteurs. La pragmatique contextuelle doit permettre un retour réflexif sur ces représentations d'arrière-plan. Comment, dès lors, instaurer cette culture coopérative? Tout comme la pratique des accommodements raisonnables, la commission Bouchard-Taylor pourrait avoir un tel effet.

Supposer que le seul jeu des contraintes formelles de l'éthique de la discussion, c'est-à-dire le seul jeu formel de la discussion publique, assurera de lui-même la réalisation de la culture coopérative qu'il nécessite pour faire sens, neutralise et méconnaît l'argument putnamien de l'impossible formalisation des procédures de fixation des croyances. Supposer que le seul jeu interne des contraintes formelles de l'échange argumenté assure l'auto-adaptation des croyances méconnaît que la possibilité de l'échange argumenté n'est elle-même rendue possible que par une croyance partagée motivant les participants à en faire usage.¹²⁵

124. *Ibid.* à la p. 20.

125. *Ibid.* à la p. 30.

Cette conception conventionnaliste fait place, contrairement à ce qu'y voyait Dworkin, à la pratique interprétative en raison de la nécessaire révisabilité des croyances. Si ce dernier a raison de lier signification et interprétation holistique de l'usage, la morale substantielle qu'il fait intervenir est supposée partagée par un groupe sociale et le juge herculéen serait capable d'en assurer la réinterprétation constante :

Le juge est censé capable de déduire la signification du droit des exigences internes à la «moralité institutionnelle» du groupe auquel il appartient. Son approche herméneutique présuppose données des *règles dans l'esprit du juge* lui permettant de subsumer la variété des situations particulières sous les catégories générales de la moralité institutionnelle (les principes). En ce sens, Dworkin *mentalise* l'approche du jugement normatif en inscrivant, dans les capacités mentales du juge, les règles permettant de déduire les significations normatives du droit des exigences de la morale institutionnelle et d'y traduire, pour reprendre l'expression de Paul Ricoeur, les injonctions du réel historique.¹²⁶

Le jugement d'application ne se limite pas à la seule question de l'application d'une norme supposée existante. Le contexte n'est pas donné, il est à construire. Ce qui impose d'organiser institutionnellement une possibilité de définir collectivement la perception du contexte. Cette exigence paraît nécessaire pour l'existence du droit dans un groupe social. La nécessaire prise en compte de la moralité institutionnelle n'est pas donnée, le juge ne peut simplement la dire et l'adapter. Les citoyens et les justiciables, en tant que destinataires finaux du droit, doivent être associés à l'élaboration de la norme. Sinon, la norme risque d'être inefficace car l'usage qui en sera fait ne correspondra pas aux attentes : «La signification donnée à la norme lors de son application dans le réel social (c'est-à-dire lors de sa production d'effets de sens) conduit à rendre la norme inopérante ou inefficace au regard de l'objectif normatif que l'autorité visait à atteindre.»¹²⁷ Les

126. *Ibid.* à la p. 34.

127. *Ibid.* à la p. 40.

effets d'une règle dépendent de l'usage qui en sera fait par ses destinataires.

Ce que révèle notamment cette réflexion actuelle est que, là où les dissensions entre les perceptions du problème que la norme juridique doit tenter de résoudre sont trop importantes, les procédures habituelles de construction et d'application des normes s'avèrent «inefficaces» pour garantir une résolution adéquate du problème. La «capacité» des autorités publiques à construire cette solution et à identifier la signification «attendue» de la norme est donc elle-même conditionnée par une «reconnaissance» de cette signification par les destinataires finaux de cette norme.¹²⁸

La théorie du droit nous enseigne donc l'importance de la contextualisation du jugement juridique dans la réalisation d'une raison commune. «C'est dire donc, comme l'ont bien mis en évidence L. Wittgenstein et H. Putnam, qu'ultimement la signification est fonction de l'usage et que celui-ci prend nécessairement la forme d'une pratique sociale partagée.»¹²⁹ La théorie pragmatiste permet donc de mieux comprendre le défi que rencontre, sur le plan du droit, la pratique des accommodements raisonnables. Il s'agit plus exactement de construire cette pratique par laquelle la société québécoise pourrait produire une signification normative partagée, ce qui exige d'examiner l'usage qui est fait de cette notion d'obligation d'accommodement raisonnable. Pour cela, il convient d'interroger l'efficacité de la gouvernance par le droit¹³⁰ et sa possible transformation vers une gouvernance réflexive¹³¹.

128. *Ibid.* à la p. 40.

129. *Ibid.* à la p. 37.

130. Jacques Lenoble, «L'efficacité de la gouvernance par le droit / Pour une procéduralisation contextuelle du droit» (2002-2003) 33 R.D.U.S. 13.

131. Louise Lalonde, «L'application de la *Charte des droits et libertés de la personne* dans le monde vécu, de la protection civiliste à la promotion des droits fondamentaux. Réflexion sur le rapport entre la Charte et le monde vécu» *Revue du Barreau*, Numéro thématique hors série (2006) 321.

Conclusion

Le présent texte entendait démontrer en quoi le problème des accommodements raisonnables relève aussi du droit. Prônant un retour aux sources juridiques de la notion d'obligation d'accommodement raisonnable, nous avons cherché à montrer que les concepts ne sont pas entièrement théorisés, que l'application témoigne d'une certaine confusion conceptuelle et que la théorie du droit et la philosophie politique permettent d'analyser l'écart qui s'est accentué entre le monde vécu et le droit en matière d'accommodement raisonnable.

[...] la compréhension du concept d'accommodement raisonnable n'est pas entièrement achevée tant en ce qui concerne la portée de ses effets que l'application de son cadre juridique.¹³²

Dans ces circonstances, il importe que la commission Bouchard-Taylor s'intéresse aux aspects juridiques de l'obligation d'accommodement raisonnable (par exemple, en organisant un colloque scientifique sur cette notion juridique). Sur la base pragmatiste qui a été décrite ci-haut, la commission Bouchard-Taylor doit faire ressortir les contextes particuliers d'application de l'accommodement raisonnable et permettre à la population de participer à l'élaboration de la norme. Notamment, il faut préciser les notions de discrimination fondée sur la religion (de liberté de religion, diraient aussi certains) et de contrainte excessive. Sur ce dernier point, il importe de préciser les moyens de défense que l'on peut faire valoir à l'encontre d'une telle obligation : les droits d'autrui, les valeurs jugées fondamentales, les coûts excessifs, etc. Évidemment, il ne s'agit pas de prétendre que la commission Bouchard-Taylor doit trancher ces questions juridiques, cette responsabilité relevant de la compétence des tribunaux. Néanmoins, l'examen juridique de l'obligation d'accommodements raisonnables

132. Rivet, «L'accommodement», *supra*, note 19 à la p. 381. La juge Rivet analyse alors l'arrêt *Multani* dans lequel les juges majoritaires et minoritaires ne s'entendent pas sur l'intégration du concept d'accommodement raisonnable à l'article premier de la *Charte canadienne*.

pourrait permettre de mieux comprendre pourquoi il existe un débat sur les accommodements raisonnables et, surtout, de préciser certaines balises juridiques en la matière au bénéfice des décideurs qui sont aux prises avec ces demandes de plus en plus nombreuses. À supposer que la commission ait des prétentions quant à la modification de la charte québécoise (à ce stade-ci il est certes prématuré de penser que des recommandations seront faites en ce sens au gouvernement considérant la nature des travaux – du moins les travaux publics), il importerait alors d'étudier le droit.

De plus, par son étude de la notion juridique d'obligation d'accommodement raisonnable, la commission pourrait favoriser l'apprentissage social nécessaire à l'acceptation pratique du droit. En adoptant une approche juridique, la commission Bouchard-Taylor suivrait la voie tracée par la commission Stasi, sur l'application du principe de laïcité en France, et, au Québec, par la commission Proulx sur la place de la religion à l'école publique.

Pour expliquer pourquoi la commission semble accorder peu de place au droit, tentons une dernière hypothèse. Dans ses intéressants écrits qui ont fait sa renommée, Charles Taylor a néanmoins entretenu une conception insuffisante du droit, ce qui pourrait justifier qu'il ne perçoive pas l'intérêt d'adopter une approche juridique dans l'étude du problème des accommodements raisonnables. D'une part, dans *Grandeur et misère de la modernité*, Taylor a critiqué l'atomisation d'une société fondée sur les droits. S'intéressant à ce phénomène américain selon lequel «[d]es questions que la législation détermine dans d'autres sociétés, après des débats et parfois des compromis entre des opinions différentes, sont déferées à une décision judiciaire à la lumière de la Constitution», Taylor critique la logique juridique :

Il y aurait beaucoup à dire pour ou contre ce système bancal. On pourrait s'interroger sur sa stabilité à long terme, se demander notamment si l'énergie des groupes de pression arrivera à compenser l'aliénation engendrée chez les citoyens par un système représentatif de moins en moins fonctionnel. On a aussi fait remarquer que ce style

politique rend les problèmes plus difficiles à résoudre. Les solutions judiciaires se font d'habitude aux dépens d'une des deux parties : il faut gagner ou perdre. En particulier, les jugements concernant les droits sont conçus de plus en plus comme des absolus. Le concept même de droit semble demander satisfaction intégrale; c'est réellement un droit ou bien ce n'est rien. L'avortement peut encore une fois servir d'exemple. Si vous mettez en balance les droits du fœtus contre les droits de la mère, il reste une marge bien étroite entre l'immunité totale de l'un et la liberté irréductible de l'autre. La tendance à confier les solutions au système judiciaire, après que les débats aient en outre été polarisés par les campagnes des groupes de pression, abolit pratiquement toute possibilité de compromis.¹³³

À l'encontre d'une telle vision aussi réductrice du droit, ne pourrait-on pas plutôt considérer que l'arrêt *Roe v. Wade*¹³⁴ n'a pas tellement eu pour effet de régler définitivement la question de l'avortement, comme en témoigne la jurisprudence ultérieure de la Cour suprême des États-Unis, mais qu'il a plutôt servi à lancer un vaste débat public sur la question¹³⁵? De plus, le raisonnement juridique tend davantage à concilier les droits et les intérêts (en l'espèce droit de la femme vs intérêt de l'État dans la protection du fœtus), qu'à affirmer la primauté de l'un sur l'autre. Cette logique de conciliation s'applique également au concept d'accommodement raisonnable, alors qu'il s'agit de soupeser le droit à l'égalité et, notamment, les droits d'autrui.

Dans une étude réalisée pour le compte de la Commission royale d'enquête sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada (commission Macdonald), Taylor distingue deux modèles de société : la société fondée sur les droits individuels et la société fondée sur la participation. Il y analyse

133. Charles Taylor, *Grandeur et misère de la modernité*, Montréal, Bellarmin, 1992 aux pp. 142 et 144.

134. 410 U.S. 113 (1973).

135. Barry Friedman, «Dialogue and Judicial Review» (1993) 91 Mich. L. Rev. 577 aux p. 658-671; Neal Devins, *Shaping Constitutional Values: The Supreme Court, Elected Government, and the Abortion Dispute*, Baltimore, Johns Hopkins U. Press, 1996.

l'évolution de la société canadienne vers un modèle américain où les tribunaux «sont, depuis quelques décennies, de plus en plus considérés comme des instruments de changement politique»¹³⁶. Sa préférence communautarienne va bien sûr au modèle de participation dans lequel «la liberté et l'efficacité du citoyen résident dans le fait qu'il peut participer au processus de la prise de décisions à la majorité, car il dispose d'une voix, reconnue, qui lui permet d'influer sur la détermination de la «volonté générale»¹³⁷. En fait, Taylor s'est déjà à ce point inquiété de l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne* qu'il se demandait si le Canada allait survivre à une telle transformation constitutionnelle¹³⁸. Dans ce modèle de société fondée sur les droits, «la dignité de l'individu réside dans sa qualité de titulaire de droits, droits qu'il peut au besoin faire respecter même s'ils sont contraires aux décisions collectives de la société, à la volonté de la majorité ou au consensus qui prévaut. Les droits du citoyen américain sont semblables à des «atouts», selon l'image inoubliable de Ronald Dworkin : en les invoquant il peut dépasser la volonté de la majorité qui s'est exprimée grâce au processus législatif»¹³⁹.

Ces réflexions pourraient s'appliquer, à première vue, à la logique des accommodements raisonnables. Toutefois, comme nous l'avons vu dans la seconde partie, il est possible d'inscrire cette question des accommodements raisonnables dans la logique de l'action collective. Alors qu'il compare le raisonnement juridique propre aux accommodements raisonnables à celui de la limitation constitutionnelle des droits, Jean-François Gaudreault-Desbiens est d'avis que «les juges Deschamps et Abella se montrent à bon droit conscientes de la différence qualitative existant entre les

136. Charles Taylor, «Des avens possibles: la légitimité, l'identité et l'aliénation au Canada à la fin du XX^e siècle» dans Alan C. Cairns et Cynthia Williams (éd.), *Le constitutionnalisme, la citoyenneté et la société au Canada*, vol. 33 des annexes du Rapport de la Commission royale d'enquête sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, 1986, 207 à la p. 234. [Taylor, «Des avens»]

137. *Ibid.* à la p. 235.

138. Charles Taylor, «Can Canada Survive the Charter? » (1992) 30 *Alberta Law Review* 427.

139. Taylor, «Des avens», *supra*, note 136 à la p. 235.

deux processus de justification s'agissant de contribuer à la solution d'un différend dont les enjeux ne sont tout simplement pas les mêmes. Alors que, dans les cas de demandes d'accommodement raisonnable, il est dans l'intérêt des parties d'atteindre, après une *négociation raisonnée et balisée par le droit*, une solution juste sur le plan intersubjectif mais aussi concrètement vivable, l'abstraction qui caractérise l'arbitrage des droits et des valeurs dans le cadre constitutionnel *stricto sensu* permet difficilement d'en arriver à ce type de solution. Par ailleurs, ce cadre constitutionnel a la propriété de maximiser les attentes des revendicateurs de droits alors que, sans les minimiser, le cadre de l'accommodement raisonnable les relativise, ou du moins tend à faire échec à l'application systématique et indifférenciée d'une conception dworkinienne des droits comme atouts («rights as trumps»).¹⁴⁰ Ainsi, il faudrait nuancer la position taylorienne en matière d'accommodements raisonnables, car même s'il s'agit alors de la mise en oeuvre du droit à l'égalité, la pratique ne se limite pas à invoquer des atouts. Ou du moins, c'est lorsqu'elle prétend le faire que surgit le débat sur les accommodements raisonnables. C'est peut-être cet excès qu'il faut corriger.

Enfin, il reste à examiner comment la gouvernance de la diversité religieuse doit évoluer à la fois dans ses dimensions réflexive et critique. Fernand Dumont parlait jadis de cette réflexivité dans le cadre du processus de dédoublement de la culture, c'est-à-dire cette distanciation critique nécessaire afin que sa signification apparaisse¹⁴¹. À cet égard, les droits et libertés jouent un rôle systémique fondamental, ce qu'exprime comme suit le philosophe Lukas Sosoe lorsqu'il explique que les cultures occidentales «ont réussi l'institutionnalisation de la critique, sont critiques d'elles-mêmes et – la plupart du temps cette critique se fait sur fond des principes des droits de l'homme, notamment de l'égalité entre les hommes au plan politique et social, ce qui constitue un puissant

140. Gaudreault-Desbiens, «Quelques angles», *supra*, note 83 à la p. 272.

141. Fernand Dumont, *Le lieu de l'Homme. La culture comme distance et mémoire*, Montréal, BQ, 1994. L'ouvrage est d'abord paru en 1968 aux Éditions HMH.

moteur de leur transformation continue endogène, mais aussi exogène.»¹⁴²

142. Lukas K. Sosoe, «Éloge de la colonisation?» dans Pierre Laberge, Guy Lafrance et Denis Dumas, dir., *L'année 1795 – Kant. Essai sur la paix*, Paris, Vrin, 1997, 264 à la p. 270.

