

Accommodements raisonnables et gouvernance : le rôle du juge, au-delà de l'interprétation et de la création du droit à l'égalité

Stéphane BERNATCHEZ*

INTRODUCTION	3
I. LE RÔLE DU JUGE : AU-DELÀ DE L'INTERPRÉTATION ET DE LA CRÉATION DES NORMES	6
II. LA FONCTION RÉFLEXIVE DU JUGE DANS LA GOUVERNANCE PAR LE DROIT	13
A) LA LOGIQUE JURIDIQUE DE L'ACCOMMODEMENT RAISONNABLE ET LA RÉFLEXIVITÉ	14
B) LA BALANCE DES INCONVÉNIENTS COMME LIMITE À LA RÉFLEXIVITÉ	18
CONCLUSION	30

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

INTRODUCTION

L'idée, à supposer que l'on puisse la nommer ainsi, qui sous-tend l'analyse présentée dans ce texte, est fondée sur un certain nombre d'intuitions :

Première intuition. La première intuition, qui n'est pas de moi, mais que je fais volontiers mienne, est celle des organisateurs et des membres du comité scientifique du congrès, telle qu'elle se manifeste dans l'intitulé de ce congrès : « Accommodements raisonnables et rôle de l'État : un défi démocratique ». Elle pose la question des rapports entre la notion juridique d'accommodement raisonnable et la gouvernance, ce qui appelle une interrogation plus fondamentale sur le rôle du droit dans la gouvernance. Comment la gouvernance par le droit est-elle possible? En interrogeant les conditions de possibilité de cette gouvernance par le droit, la réflexion doit alors permettre de montrer les liens entre la théorie de la norme et la théorie du droit, d'un côté, et entre la théorie du droit et la théorie de la gouvernance, de l'autre. Il faut donc considérer les accommodements raisonnables comme un enjeu de la gouvernance.

Deuxième intuition. Depuis sa constitution en 2000, la Cour McLachlin—c'est ainsi que certains désignent, suivant ce qui se fait aux États-Unis, la Cour suprême dirigée par son juge en chef—nous a habitués à un certain nombre de renversements ou de réorientations de jurisprudence. Par exemple, la Cour a réinterprété les principes de justice fondamentale dans l'arrêt *Burns*,¹ modifiant ainsi son approche par rapport à *Kindler*² quant à l'obligation constitutionnelle d'obtenir la garantie que la peine de mort ne soit pas appliquée avant de procéder à l'extradition; elle a modifié son interprétation de la liberté d'association dans *Health Services and Support*³ en 2007, pour y reconnaître que la

¹ *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283.

² *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779.

³ *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391.

négociation collective en fait partie, rompant ainsi avec 20 ans d'interprétation restrictive; plus récemment, la Cour a encore revu, dans *Dunsmuir*,⁴ les normes de contrôle judiciaire en droit administratif. En 2004, dans *Terre-Neuve c. N.A.P.E.*,⁵ la Cour a cependant refusé l'invitation que lui avait lancée la Cour d'appel de la province, de modifier le test de l'arrêt *Oakes*⁶ de manière à y intégrer le principe de la séparation des pouvoirs. Si la Cour a refusé de modifier explicitement le test de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁷ en matière de limitation des droits, sa jurisprudence a maintes fois servi à nuancer le test de l'arrêt *Oakes*, notamment pour y ajouter des variables contextuelles. C'est ainsi qu'on peut distinguer la période *Edwards Books*⁸ à *RJR Macdonald*⁹ et la période *Thomson Newspapers*¹⁰-*Harper*¹¹-*Bryan*,¹² au cours de chacune de ces périodes la Cour a élaboré des variables contextuelles pour influencer sur la sévérité avec laquelle le test de la limitation doit être appliqué. S'inspirant de l'arrêt *Dagenais*,¹³ le juge LeBel a écrit dans l'arrêt *Multani*¹⁴ qu'il n'est pas nécessaire dans tous les cas d'examiner chacune des étapes du test de l'article premier. Sans connaître de renversement jurisprudentiel, la limitation des droits évolue constamment.

Troisième intuition. Dans l'arrêt *Bruker c. Marcovitz*,¹⁵ au-delà du jugement de valeurs, la Cour suprême du Canada se livre à un raisonnement juridique consistant à comparer les inconvénients. Ce sont de pareilles opérations de balance des inconvénients qui avaient caractérisé les décisions *Amsalem*¹⁶ et *Multani*. Dans les deux cas, la

⁴ *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190.

⁵ *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, [2004] 3 R.C.S. 381.

⁶ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

⁷ *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

⁸ *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.

⁹ *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199.

¹⁰ *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877.

¹¹ *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827.

¹² *R. c. Bryan*, [2007] 1 R.C.S. 527.

¹³ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835 [*Dagenais*].

¹⁴ *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256 [*Multani*].

¹⁵ *Bruker c. Marcovitz*, [2007] 3 R.C.S. 607.

¹⁶ *Syndicat Northcrest c. Amsalem*, [2004] 2 R.C.S. 551 [*Amsalem*].

Cour suprême n'a pas appliqué, contrairement à ce que l'on pourrait croire, un raisonnement fondé sur la logique de l'obligation d'accommodement raisonnable. Ainsi, la reformulation du troisième sous-critère de proportionnalité proposée par le juge Lamer dans l'affaire *Dagenais* semble devenir le nouveau critère de la limitation des droits.

Quatrième intuition. En évitant la méthode de raisonnement propre à l'obligation d'accommodement raisonnable, au profit de la balance des inconvénients, la Cour suprême du Canada ne mobilise pas l'arrière-plan théorique qu'interpelle pourtant la logique juridique de cette notion d'accommodement raisonnable. Pour se limiter à la seule question des intérêts ou des préférences en présence, la Cour manque en partie ce qui se joue au niveau de la théorie de la gouvernance. L'obligation d'accommodement raisonnable et la jurisprudence l'ayant développée interpellent pourtant les théories de la gouvernance, notamment en insistant sur les objectifs légitimes et la possibilité pour la norme de les atteindre. En insistant sur les attentes normatives, la théorie de la norme mobilise les théories de la gouvernance, ce qui déplace la question du rôle du juge.

Il ne suffit pas de prétendre que les droits individuels peuvent être un vecteur effectif de leur promotion sociale au niveau des acteurs collectifs. Ce serait là introduire un présupposé libéral, consistant notamment à concevoir les droits et libertés comme des atouts, qui demeure problématique. Ce qui est au contraire mobilisé ici, c'est plutôt le potentiel de réflexivité des droits et libertés, potentiel qui est, lui, susceptible d'interpeller l'arrière-plan théorique sur lequel se joue la question plus fondamentale de la gouvernance. Quel est le rôle du juge dans ce contexte?

Hypothèse. Mon hypothèse est double. Je vais d'abord tenter de montrer pourquoi il faut déplacer la question du rôle du juge, pour la situer au-delà de l'interprétation et de la création de la norme juridique qu'est l'obligation d'accommodement raisonnable. Par la suite, toujours à partir de l'exemple des accommodements raisonnables, je vais montrer que l'action du juge doit se situer au niveau de réflexivité qu'imposent l'application et l'effectuation de la norme d'égalité.

I. LE RÔLE DU JUGE : AU-DELÀ DE L'INTERPRÉTATION ET DE LA CRÉATION DES NORMES

Dans le programme du colloque, le présent atelier est coiffé de la question suivante : « Le rôle des tribunaux judiciaires: de l'interprétation à la création des normes ? » Ainsi posée, la question du rôle du juge eu égard aux accommodements raisonnables réfère au problème auquel se sont confrontées la philosophie et la théorie du droit depuis le début du XXe siècle—et plus particulièrement, les théories américaines du droit entre 1970 et 2000. En s'intéressant à la figure du juge et à son pouvoir créateur, les nombreuses théories contemporaines du droit ont cru remettre en cause l'approche dominante du droit qu'est le positivisme juridique. En réponse au positivisme formaliste, le réalisme juridique américain a bien montré, dans les années 1920-1930, l'incapacité de la règle juridique à régir sa propre application, révélant ainsi à la face du droit le rôle créateur du juge.¹⁷ Quant au rôle du juge dans l'interprétation du droit, les travaux sur l'herméneutique juridique continuent encore de chercher à encadrer ce pouvoir du juge dans la (co-)détermination du sens. Pour le dire autrement, les dimensions créatrice et interprétative du jugement judiciaire ne paraissent plus être remises en question,¹⁸ ce qui suggère d'opérer un déplacement dans la question du rôle du juge. Il ne s'agit plus de limiter la réflexion à l'opération mentaliste de création ou d'interprétation du droit, mais plutôt de comprendre comment le juge contribue à l'acceptation sociale des normes juridiques.

Alors que la pensée juridique s'est beaucoup concentrée depuis quelques décennies sur la théorie de l'interprétation, suivant notamment le tournant linguistique (si l'on veut rester sur le plan de la signification, il faudrait prendre acte du fait que la signification d'une norme dépend de l'usage qui en est fait—ce qui appelle déjà un déplacement, que je

¹⁷ Pour la Sociological Jurisprudence, précurseure du réalisme américain, le droit se définit en fonction de ce que les tribunaux créent. Pour Holmes, « the prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law » (Oliver Wendell Holmes, « The Path of Law » (1897) 10 Harv. L. Rev. 457). Pour Frankfurter, « the Supreme Court is the Constitution » (Félix Frankfurter, « The United States Supreme Court Molding the Constitution » (1930) 32 Current History 235 à la p. 240).

¹⁸ Sur ce plan, il est d'ailleurs très révélateur que la théorie de l'interprétation proposée par Pierre-André Côté dans son célèbre ouvrage sur l'*Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999, aux pp. 24–30, s'intitule : la théorie de la création soumise à des contraintes.

préciserai plus loin, selon une autre perspective), il n'est pas étonnant que les droits et libertés aient retenu l'attention de tous ceux qui mettent l'emphase sur la nature interprétative du langage juridique utilisé dans les chartes. D'autant plus que les démocraties libérales contemporaines ont fait de la question de la reconnaissance des droits fondamentaux la mesure de l'évolution démocratique des sociétés modernes. Aux États-Unis comme au Canada, la protection des droits et libertés a été principalement confiée au juge, supposant ainsi que l'activisme judiciaire suffirait à assurer l'efficacité de ces normes juridiques. Il faut bien admettre que le résultat, en termes de satisfaction des finalités poursuivies par la reconnaissance des droits fondamentaux, est à l'honneur du pouvoir judiciaire. Sans doute les juges ont-ils, par leurs nombreuses décisions rendues en vertu des chartes canadienne et québécoise, fait évoluer l'état du droit, et même la culture des droits. Cependant, le débat récent sur les accommodements raisonnables dans la société québécoise a démontré que le phénomène juridique ne relève pas exclusivement de la construction de la norme par le juge, ou que cette construction ne suffit pas à garantir l'effectuation du droit, mais qu'il concerne plutôt un problème d'une toute autre nature qui relève du domaine de la théorie de la norme : comment concevoir le rapport à la normativité de la norme? Comment un groupe social s'impose-t-il une norme?

À trop se concentrer sur l'opération du juge, en termes de création ou d'interprétation du droit, l'on risque de manquer ce qui se joue au plan, plus fondamental, de l'acceptation de la norme par la société. S'attardant à la fonction de juger, la théorie systémique a insisté sur la réflexivité du droit.¹⁹ Situé au cœur du système juridique, le juge doit assurer l'auto-révision du droit, son auto-reproduction,²⁰ ce qu'il réalise en interprétant le droit, en contrôlant la constitutionnalité des lois.²¹ Parce qu'il en fait partie, le juge permet au système juridique de s'auto-reproduire, évitant ainsi que ce soit le système politique, par son processus législatif, qui agisse sur le système juridique. L'action judiciaire en matière d'accommodement raisonnable et d'évolution du droit à l'égalité est précisément une forme d'auto-reproduction constante du système

¹⁹ Gunther Teubner, *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1996.

²⁰ Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, Oxford, Oxford University Press, 2004, c. VII.

²¹ Stéphane Bernatchez, « Droit et justice constitutionnelle de Habermas à Luhmann » (2006) 21 R.C.D.S. 113.

juridique par l'un de ses sous-systèmes, le système judiciaire. C'est déjà là un déplacement important de la question du rôle du juge.

Un second déplacement est possible, toujours par opposition à la question de l'interprétation ou de la création du droit. Tel que vécu dans la société québécoise, le problème des accommodements raisonnables peut mieux être posé, me semble-t-il, à partir du symptôme de l'écart entre le monde vécu et le droit²² (plutôt que sur la base de l'interprétation judiciaire)—ce qui pourrait permettre dans un second temps d'éclairer la fonction et le rôle du juge. Il ne suffit pas de reconnaître un droit dans une charte pour qu'il se réalise effectivement. Il ne faut pas croire que la règle juridique, parce que couverte de l'autorité de la légitimité formelle, réussira à opérer par elle-même la transformation souhaitée du contexte social et qu'elle parviendra à instituer la forme de vie qu'appelle la norme d'égalité. En adoptant la notion d'accommodement raisonnable, les juristes ont présumé, au plan de la théorie de l'action, qu'il suffisait que la société adopte un objectif (la norme d'égalité) pour que son application (ou son effectuation) soit pour autant réglée. Ce serait là réintroduire la norme fondamentale (*Grundnorm*), selon laquelle « On doit se conduire comme la constitution le prévoit »;²³ fondement ultime de validité de l'ordre juridique, cette norme fondamentale demeure supposée par le normativisme positiviste de Kelsen. Mais pourquoi faudrait-il se conduire conformément au droit constitutionnel? L'opposition ou la résistance manifestée à l'égard de l'accommodement raisonnable par une partie de la population a démontré qu'il y a là un énorme présumé. Dans la mesure où l'effectuation du droit dans le monde réel dépend de l'action collective que la norme mobilisera, il faut tenter de répondre à la question : comment est-il possible pour un groupe social de s'imposer des règles? Comment expliquer la pratique par laquelle la société produit une

²² Stéphane Bernatchez, « Les enjeux juridiques du débat québécois sur les accommodements raisonnables » (2007) 38 R.D.U.S. 233. Voir aussi : Québec, Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles (CCPARDC), *Fonder l'avenir : Le temps de la conciliation*, rapport final intégral, Gouvernement du Québec, Québec, 2008, à la p. 18 (Coprésidents : Gérard Bouchard et Charles Taylor), en ligne : CCPARDC <<http://www.accommodements.qc.ca/documentation/rapports/rapport-final-integral-fr.pdf>> [Rapport Bouchard et Taylor] : « Nous avons ainsi constaté qu'il existait un certain décalage entre les pratiques qui ont cours sur le terrain (notamment dans les milieux de l'éducation et de la santé) et le sentiment de mécontentement qui s'est élevé dans la population. »

²³ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1962, à la p. 267.

norme et adhère à cette signification normative partagée?²⁴ Ce que la prise en compte du pluralisme religieux illustre on ne peut plus clairement, et que le débat québécois sur les accommodements raisonnables a mis incontestablement en exergue, c'est qu'il ne faut pas supposer qu'il existe sur ces questions de foi religieuse, d'expression des croyances et de gestion de la diversité religieuse et de la laïcité dans l'espace public, une vision commune de ce que devrait être une norme sociale acceptable en la matière. C'est pourquoi lorsque les coprésidents Gérard Bouchard et Charles Taylor concluent qu'il existe une crise des perceptions,²⁵ il ne faut pas en minimiser le sens et la portée : il faut plutôt chercher à en comprendre la signification et à organiser des dispositifs permettant un retour réflexif sur ces perceptions—qui ne sont pas déterminables *a priori* ou anticipables. Les perceptions doivent elles-mêmes être construites réflexivement, le contexte d'application de la norme ne pouvant être supposé comme étant donné à l'avance. De cette construction dépend la possibilité d'identifier les questions qui doivent être posées et les transformations qu'implique la norme.

Alors que les tribunaux canadiens ont, pendant plus de trente ans, construit rigoureusement la notion juridique d'obligation d'accommodement raisonnable, voilà que le débat québécois a révélé qu'il existait, au sein de la société, une certaine incompréhension de cette notion et de ses implications au plan pratique. Pourtant, l'abondante jurisprudence contient d'importants énoncés et des nuances qui devraient inciter à une certaine prudence, à tout le moins en évitant d'ériger l'accommodement raisonnable au rang d'un droit autonome.²⁶ Mais cela

²⁴ Jacques Lenoble, « Au-delà du Juge : Des Approches Herméneutique et Pragmatiste à une Approche Génétique du Concept de Droit » (2007) 1 E.J.L.S. 1 [Lenoble, « Au-delà du juge »]. Sans que cela soit constamment répété, le cadre d'analyse proposé ici s'appuie principalement sur cette approche.

²⁵ Rapport Bouchard-Taylor, *supra* note 22 : « [...] il existait des distorsions importantes entre les perceptions générales de la population et la réalité des faits telle que nous avons pu la reconstituer. Autrement dit, la vision négative des accommodements qui s'est propagée dans la population reposait souvent sur une perception erronée ou partielle des pratiques ayant cours sur le terrain ».

²⁶ « Déraciné de sa source et dépersonnalisé de son cadre juridique, l'accommodement raisonnable, en tant que corollaire du droit à l'égalité, 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 ». Michèle Rivet, « L'accommodement raisonnable ou le nécessaire retour aux sources : le droit à l'égalité » dans Myriam Jézéquel, dir., *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où?*, Cowansville, Yvon Blais, 2007, 371 aux pp. 377–78.

ne semble pas suffire. Contrairement à ce qu'a cru Hart à la suite de Kelsen, il faut aller au-delà de la reconnaissance du droit par les autorités chargées d'appliquer la norme juridique. La norme juridique d'accommodement raisonnable, qui inclut la notion de raisonnable, est un concept social. L'enjeu n'est plus de convaincre les juristes de l'acceptabilité rationnelle de la notion juridique, mais plutôt d'en assurer l'acceptation pratique par la société. Puisque l'obligation d'accommodement raisonnable est une construction jurisprudentielle, si la réflexion traditionnelle sur le rôle du juge dans la production du droit devait s'y intéresser, elle se soucierait d'abord et avant tout de la légitimité démocratique du pouvoir judiciaire à ainsi créer, par interprétation, une norme juridique qui ne se trouve pas dans les textes des chartes ou des lois protégeant contre la discrimination. Les critiques les plus radicales du pouvoir judiciaire ont même vu dans ce caractère indéterminé du droit la perte de celui-ci au profit de la manipulation idéologique et politique. Le passage de l'objectivité à la subjectivité du juge conduirait irrémédiablement à l'impossibilité de fonder la rationalité du droit. À l'inverse, d'autres ont plutôt cherché à endiguer ce caractère hautement interprétatif du droit au sein d'une conception du jugement juridique qui insiste sur les contraintes herméneutiques que la communauté, la science et la méthodologie juridiques font peser sur l'interprète.²⁷ En philosophie du droit, l'une des figures de proue de ce mouvement est certes Ronald Dworkin, dont la théorie peut permettre d'ailleurs d'expliquer comment la notion d'obligation d'accommodement raisonnable est apparue dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada. En réponse aux insuffisances du positivisme juridique, notamment le néo-positivisme de Hart qui, constatant l'impossibilité pour le législateur de prévoir tous les cas d'application, laissait à la discrétion judiciaire le choix de trouver une solution dans les cas difficiles (*hard cases*) causés par les silences ou les lacunes des règles écrites, Dworkin a bien montré comment les juges doivent, devant l'insuffisance des règles légales, recourir aux principes juridiques afin de compléter le droit.²⁸ Cette conception interprétative va jusqu'à modifier la définition de la nature du droit, qui ne peut plus être conçu comme étant constitué uniquement de règles. S'interrogeant quant à l'opportunité de combler la lacune du code ontarien, dans le cas où une employée, madame O'Malley,

²⁷ Voir notamment Côté, *supra* note 18.

²⁸ Ronald Dworkin, « Le positivisme » (1985) 1 Dr. et Soc. 31; Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1977.

refusait de travailler le samedi pour des raisons religieuses, le juge McIntyre écrit :

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?²⁹

Ce tournant interprétativiste ou herméneutique en philosophie du droit a placé le juge au cœur de la réflexion contemporaine sur le droit. Au surplus, l'herméneutique juridique a prétendu, sur la base de cette insistance sur l'interprétation, ébranler le socle sur lequel le positivisme juridique s'était érigé en théorie dominante du droit. Plus spécifiquement, c'est le conventionnalisme, qui fondait la règle positiviste de reconnaissance de ce qu'est le droit, qui constitue, selon Dworkin du moins, l'hérésie théorique provoquant la chute du positivisme juridique—notamment celui de Hart.³⁰ Bien que ce soit là la pierre angulaire sur laquelle Dworkin a réorienté la théorie du droit, c'est pourtant à ce moment de rupture que la récente théorie pragmatiste du droit³¹ nous invite à revenir. Le débat sur les accommodements raisonnables peut servir d'illustration de l'importance de ce retour à la question de la normativité du droit. Au-delà du juge et son pouvoir d'interprétation et de création du droit à l'égalité, ce qui est en cause ici c'est la possibilité pour la société québécoise de se doter d'une signification normative commune. Cela exige, au plan de la réflexion épistémologique sur le rôle du juge, un déplacement : alors que les travaux en théorie du droit ont été consacrés à la question de la production du droit par les juges—qu'il s'agisse

²⁹ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536 au par. 22.

³⁰ Ce débat sur le droit comme convention a depuis toujours été au cœur du débat en philosophie du droit et de l'opposition entre le jusnaturalisme et le juspositivisme : Simone Goyard-Fabre, *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1992 aux pp. 27–94 : « L'alternative: nature ou convention. La tradition jusnaturaliste et son ambivalence ».

³¹ Jules Coleman, *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

d'interprétation ou de création, peu importe—, l'enjeu de la gouvernance par le droit impose de porter attention à l'action collective ou coopérative qu'implique la visée d'intentionnalité du droit.³² En ce sens, la théorie du droit doit prendre acte du débat sur la théorie de la gouvernance, qui propose différents modèles d'organisation des dispositifs de régulation sociale. Si l'on veut penser aujourd'hui le rôle du juge, il faut le situer dans ce contexte de la gouvernance par le droit.

Cherchant une voie pour sortir de l'impasse dans laquelle les religions ont placé la gouvernance délibérative, Marc Maesschalck propose de « faire un pas important dans la direction d'une action sur les conditions rendant possible la participation des acteurs concernés au sein des processus structurant les prises de décisions sociales ».³³ Cette approche s'inscrit dans un mouvement plus large en philosophie politique, qui travaille précisément sur les conditions pouvant assurer que les processus de décision soient *appropriables* par les différentes communautés concernées.³⁴ Il n'est pas possible ici d'examiner ces différents modèles de gouvernance. Qu'il suffise pour l'instant de préciser que l'un des constats de plusieurs de ceux-ci peut se résumer dans l'exigence d'un apprentissage collectif. Certaines propositions ont cru que cette exigence se réaliserait par la mise en place de dispositifs institutionnels permettant l'instauration d'une approche délibérative, contextuelle et/ou réflexive. Il est intéressant à cet égard de souligner que la Commission Bouchard-Taylor sur les accommodements raisonnables, ou plus exactement la « Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles », a proposé dans son rapport final la mise sur pied d'une telle approche délibérative, contextuelle et réflexive.

Ce qui est manqué par la plupart des théories du droit et de la gouvernance, pour le dire d'un trait, c'est la nature réflexive du contexte, cet arrière-plan qui n'est pas donné mais qui doit être construit réflexivement.³⁵ Le choix entre différentes formes de vivre-ensemble n'est pas déterminé par la norme elle-même, aussi importante puisse-t-elle être, mais dépend de la construction réflexive de la forme de vie acceptée

³² Lenoble, « Au-delà du Juge », *supra* note 24.

³³ Marc Maesschalck, « Religions et démocratie délibérative. Comment sortir de l'impasse? » (2006) 8 *Éthique publique* 16 à la p. 21.

³⁴ Marcel Gauchet, « Les tâches de la philosophie politique » (2002) 19 *Revue du MAUSS* 297.

³⁵ Lenoble, « Au-delà du juge », *supra* note 24.

au sein de la société. Les garanties formelles que sont les droits et libertés ne peuvent *a priori* permettre de trancher les conflits sociaux. Il s'agit plutôt de concevoir la négociation et la création d'un monde commun – puisqu'il n'y a pas *a priori* de monde commun –, ce qui nécessite de transformer les formes de vie existantes. Pour que se réalise l'effet positif qui est attendu de la norme d'égalité, il faut qu'opère cette réflexivité contextuelle.

On ne peut présumer que les acteurs possèdent la capacité de questionner d'eux-mêmes leurs représentations de leur identité et de leur contexte. Cette opération de réflexivité, que nécessite l'effectuation ou l'application du droit, doit être organisée sous forme de dispositifs institutionnels. C'est précisément dans ce rapport à la sollicitation de la réflexivité que le rôle du juge doit être compris. Dans le contexte des accommodements raisonnables, le juge doit ainsi s'assurer que les parties à la discrimination mettent en place « les dispositifs nécessaires pour permettre une prise en compte de cette « réflexivité contextuelle », c'est-à-dire pour permettre de créer les conditions de capacité des acteurs à la négociation de se doter des moyens de construire les éléments contextuels à mobiliser pour établir les choix à opérer sur les transformations souhaitables ».³⁶ À eux seuls, les processus de négociation et de délibération ne suffisent pas à réaliser la nécessaire réflexivité; le juge doit inciter les parties à intégrer cette réflexivité dans leur jugement et leur action.

II. LA FONCTION RÉFLEXIVE DU JUGE DANS LA GOUVERNANCE PAR LE DROIT

L'hypothèse que je veux suggérer ici consiste à prétendre que le juge a un rôle à jouer dans la possibilité que la réflexivité contextuelle puisse opérer. Il ne s'agit pour l'instant que d'une hypothèse, qui s'inscrit dans le cadre de projets de recherche que je mène à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke avec ma collègue Louise Lalonde.

Pour illustrer cette hypothèse, différents domaines pourraient ici servir d'exemples. Le domaine de la santé et des services sociaux est présenté dans le rapport Bouchard-Taylor comme un modèle de traitement des demandes fondées sur des motifs religieux.³⁷ Le modèle des relations

³⁶ Jacques Lenoble, « Réflexivité et gouvernance du risque » (2000) 92 Les Carnets du Centre de Philosophie du droit (Université catholique de Louvain) 31.

³⁷ Voir notamment les pp. 169 et s. du Rapport Bouchard-Taylor, *supra* note 22.

de travail peut aussi servir d'exemple. Pour le développer, je vais d'abord examiner brièvement la jurisprudence pertinente.

A) LA LOGIQUE JURIDIQUE DE L'ACCOMMODEMENT RAISONNABLE ET LA RÉFLEXIVITÉ

Dans l'arrêt *Meiorin*, la Cour suprême du Canada, à l'unanimité, a établi une nouvelle méthode d'application des lois sur les droits de la personne en milieu de travail. Comme la juge McLachlin l'écrit, au nom de la Cour, « [c]ette méthode est fondée sur la nécessité d'établir des normes qui composent avec l'apport potentiel de tous les employés dans la mesure où cela peut être fait sans que l'employeur subisse une contrainte excessive ». ³⁸ Avec la nouvelle approche, l'accommodement doit être intégré dans la norme :

Les employeurs qui conçoivent des normes pour le milieu de travail doivent être conscients des différences entre les personnes et des différences qui caractérisent des groupes de personnes. Ils doivent intégrer des notions d'égalité dans les normes du milieu de travail. En adoptant des lois sur les droits de la personne et en prévoyant leur application au milieu de travail, les législatures ont décidé que les normes régissant l'exécution du travail devraient tenir compte de tous les membres de la société, dans la mesure où il est raisonnablement possible de le faire. Les cours de justice et les tribunaux administratifs doivent avoir cela à l'esprit lorsqu'ils sont saisis d'une demande dans laquelle l'existence de discrimination liée à l'emploi est alléguée. La norme qui fait inutilement abstraction des différences entre les personnes va à l'encontre des interdictions contenues dans les diverses lois sur les droits de la personne et doit être remplacée. La norme elle-même doit permettre de tenir compte de la situation de chacun, lorsqu'il est raisonnablement possible de le faire. Il se peut que la norme qui permet un tel accommodement ne soit que légèrement différente de la norme existante, mais il reste qu'elle constitue une norme différente. ³⁹

³⁸ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 au par. 55 [*Meiorin*].

³⁹ *Ibid.* au par. 68.

Ainsi, l'obligation d'accommodement raisonnable cesse d'être conçue comme une exception à une norme discriminatoire; elle fait maintenant partie de la norme. Évidemment, ce serait méconnaître la limitation contextuelle qui affecte toute opération de la raison que d'exiger que l'on prévoit dans la norme tous les cas de discrimination possibles. C'est d'ailleurs là la principale difficulté, épistémologique, de l'approche élaborée dans *Meiorin* : le jugement d'application rend impossible la prévisibilité de la discrimination future. Pour la plupart, les cas de discrimination ne seront connus que plus tard. Néanmoins, il y a déjà dans l'opération d'élaboration de la norme un jugement d'application :

Le choix de la norme est, en effet, déjà le résultat d'une opération d'application. La « forme » (représentation) prise par la norme résulte de « l'application » faite de l'exigence rationnelle portée par l'activité de jugement que les membres d'un groupe social ont décidé de mobiliser pour résoudre un problème de coordination collective.⁴⁰

Dans l'arrêt *Grismer*, la Cour a précisé comme suit cette nécessaire incorporation de l'accommodement dans la norme :

L'arrêt *Meiorin* annonçait une méthode unifiée en matière d'examen des demandes fondées sur une loi concernant les droits de la personne, dans lesquelles l'existence de discrimination est alléguée. La distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte a été supprimée. Les employeurs et autres personnes régies par une loi concernant les droits de la personne sont maintenant requis, dans tous les cas, de tenir compte dans leurs normes des caractéristiques des groupes touchés, au lieu de maintenir des normes discriminatoires complétées par des mesures d'accommodement pour ceux qui ne peuvent pas y satisfaire. L'incorporation de l'accommodement dans la norme elle-même assure que chaque personne est évaluée selon ses propres capacités personnelles, au lieu d'être jugée en fonction de présumées caractéristiques de groupe. Ces caractéristiques sont fréquemment fondées sur un parti pris et des préjugés de longue date, et ne

⁴⁰ Lenoble, « Au-delà du juge », *supra* note 24 à la p. 54.

peuvent pas constituer le fondement de normes raisonnablement nécessaires.⁴¹

En adoptant cette approche, la Cour indique qu'à elle seule la négociation entre employeurs et syndicats, même si ceux-ci peuvent se soucier des effets discriminatoires que la norme pourrait avoir à l'égard de certains employés, ne suffit pas. Il faut les amener à intégrer la norme d'égalité dans la convention collective, ce qui implique une construction réflexive des acteurs collectifs que sont employeurs et syndicats, et des dispositifs de négociation. L'obligation d'accommodement raisonnable force les employeurs et les syndicats à modifier leurs identités. Le syndicat doit revoir ce que signifie la représentation des employés suite à une accréditation syndicale conférant un monopole de représentation. Il faut aussi redéfinir la négociation d'une convention collective. Bref, ce sont les institutions propres aux rapports collectifs de travail qui doivent être remises en question.

Le juge agit ainsi tel un tiers qui, en situant son jugement au niveau de normativité et de réflexivité que la norme exige pour son effectuation, appelle l'opération de réflexivité. À la différence de la théorie délibérativiste, telle celle de Habermas, qui présuppose que le processus de la délibération va suffire à opérer la nécessaire transformation des contextes, l'approche proposée ici implique que des dispositifs institutionnels soient créés parce que les acteurs ne possèdent pas *a priori* de capacité réflexive. Évidemment, il ne faut pas considérer que la nouvelle norme établie dans *Meiorin* suffit à créer la réflexivité, ce qui serait réintroduire un présupposé formaliste et mentaliste. Il ne faut pas présupposer que les acteurs vont tenter automatiquement de poursuivre la fin souhaitée par la norme. Il y a une opération de jugement dans la définition collective de la finalité visée, tout comme il y a une opération de jugement dans la définition du problème de départ. Les individus ne possèdent pas en eux-mêmes la capacité de mettre en œuvre une opération de réflexivité. Le juge ne fait qu'inciter les acteurs à la réflexivité, par la sanction qu'il leur impose et la norme qu'il définit. C'est pourquoi il faut mobiliser des dispositifs institutionnels susceptibles d'assurer l'apprentissage réflexif des acteurs, « de façon à leur permettre un retour réflexif sur les représentations d'arrière-plan qui orientent *immédiatement* leurs jugements ».⁴²

⁴¹ *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868 au par. 19 [Grismer].

⁴² Lenoble, « Au-delà du juge », *supra* note 24 à la p. 33.

L'approche judiciaire fondée sur la logique juridique de l'obligation d'accommodement raisonnable comprise dans le droit à l'égalité a permis à la norme d'avoir un certain effet réflexif dans le monde du travail. C'est du moins ce qui ressort d'études consacrées aux accommodements raisonnables dans le contexte des relations de travail :

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.⁴³

La notion juridique d'accommodement raisonnable, telle qu'appliquée par les tribunaux, a ainsi exigé de la part des syndicats qu'ils acceptent de s'éloigner de la logique de la négociation collective et qu'ils redéfinissent leurs propres rôle et identité dans le cadre de la représentation de leurs membres.⁴⁴ Cette notion a aussi servi à l'apprentissage des employeurs par rapport aux droits de leurs employés :

Les tribunaux ont agi en véritables chiens de garde de leur 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.⁴⁵

Dans l'arrêt *Parry Sound*, la Cour suprême du Canada a énoncé le principe selon lequel les droits de la personne sont implicitement contenus dans chaque convention collective :

L'obligation de l'employeur de gérer l'entreprise et de diriger le personnel est subordonnée non seulement aux dispositions expresses de la convention collective, mais aussi aux droits

⁴³ Linda Lavoie, « Discrimination fondée sur le handicap et stratégies d'accommodement », dans Jézéquel, *supra* note 26, 31 à la p. 34.

⁴⁴ 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 Jézéquel, *supra* note 26 à la p. 51.

⁴⁵ Lavoie, *supra* note 43 à la p. 33.

reconnus aux employés par la loi, y compris le droit à un traitement égal, sans discrimination.⁴⁶

Les droits et libertés ont modifié le droit du travail : « Pour tout dire, le droit du travail qui, dans ses fondements mêmes, préservait jalousement l'autonomie *collective* est appelé à se convertir, sous l'influence des chartes des droits, de manière à aménager, à la faveur des personnes salariées, un espace plus vaste d'autonomie ou de liberté *individuelle* ». ⁴⁷ Ce que Christian Brunelle, Michel Coutu et Gilles Trudeau appellent la « constitutionnalisation du droit du travail » a des « effets structurants sur l'ensemble des relations de travail », ⁴⁸ obligeant les institutions du monde du travail (dont les employeurs et les syndicats) à se redéfinir. Ce n'est pas dire que la transformation des identités employeurs/syndicats est entièrement réalisée, ni qu'elle soit simple. Néanmoins, la transformation des institutions propres aux relations du travail, telles que la négociation collective, le monopole de représentation et l'arbitrage de griefs, opère progressivement sous l'influence des chartes. Cette transformation du contexte est nécessaire afin que la visée d'intentionnalité du droit à l'égalité puisse devenir effective dans le domaine du travail.

B) LA BALANCE DES INCONVÉNIENTS COMME LIMITE À LA RÉFLEXIVITÉ

Le jugement judiciaire qui emprunte la logique juridique de l'accommodement raisonnable appelle l'opération (d'arrière-plan) de réflexivité. Cette forme de jugement doit être différenciée de la tendance consistant à limiter l'opération de juger à une balance des inconvénients. En effet, dans sa jurisprudence récente en matière religieuse, la Cour suprême du Canada a substitué ce type de raisonnement à l'analyse juridique propre à l'accommodement raisonnable. L'une des difficultés que pose l'actuel rôle du juge dans l'incitation à cette gouvernance réflexive, concerne précisément le test de balance des inconvénients que l'on retrouve dans la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada. Avant d'expliquer pourquoi ce type de raisonnement me paraît

⁴⁶ *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157 au par. 32.

⁴⁷ Christian Brunelle, Michel Coutu et Gilles Trudeau, « La constitutionnalisation du droit du travail : un nouveau paradigme » (2007) 48 C. de D. 5 à la p. 9.

⁴⁸ *Ibid.*

problématique, je voudrais d'abord en retracer les manifestations dans certains arrêts récents.

Bien qu'il ne s'agisse pas d'un cas d'accommodement raisonnable, le récent arrêt *Bruker c. Marcovitz*, sur le get (divorce juif), est très caractéristique de cette jurisprudence de balance des inconvénients – même si l'on peut y voir aussi la trace d'une jurisprudence des valeurs. Soupesant la liberté de religion du mari, qui doit accorder volontairement le get, et le droit à l'égalité de la femme, qui subit un préjudice en raison du refus du mari de lui accorder ce divorce, la juge Abella écrit :

Je suis également persuadée qu'en appliquant l'analyse qu'exige l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise, l'atteinte à la liberté de religion que représente pour l'époux l'obligation de payer des dommages-intérêts en raison de la violation unilatérale de son engagement est beaucoup moins grave que le préjudice causé par sa décision unilatérale de ne pas respecter cet engagement.⁴⁹

Ainsi, le test de la limitation des droits devient celui de balance des inconvénients, la partie qui subit le préjudice le plus important l'emportant. Comme l'écrit la juge Abella, « la revendication de la protection du droit à la liberté de religion est appréciée en regard des intérêts concurrents ».⁵⁰ Elle conclura : « M. Marcovitz, il me semble, a bien peu à mettre dans la balance ».⁵¹

L'intérêt que porte le public à la protection des droits à l'égalité et de la dignité des femmes juives dans l'exercice indépendant de leur capacité de divorcer et se remarier conformément à leurs croyances, tout comme l'avantage pour le public d'assurer le respect des obligations contractuelles valides et exécutoires, comptent parmi les inconvénients et les valeurs qui l'emportent sur la prétention de M. Marcovitz selon laquelle l'exécution de l'engagement pris au par. 12 de l'entente pourrait restreindre sa liberté de religion.⁵²

Ce même type de raisonnement se retrouve dans les célèbres arrêts *Amselem* (la souccah) et *Multani* (le kirpan). Contrairement à une opinion bien répandue, ces deux arrêts ne sont pas, par leur méthode d'analyse,

⁴⁹ *Bruker c. Marcovitz*, *supra* note 15 au par. 17.

⁵⁰ *Ibid.* au par. 20.

⁵¹ *Ibid.* au par. 79.

⁵² *Ibid.* au par. 92.

des jugements en matière d'accommodement raisonnable. Il est important de préciser que, dans l'arrêt *Multani*, la juge Charron, écrivant au nom de ses collègues McLachlin, Bastarache, Binnie et Fish, n'a pas jugé qu'il y avait conflit de droits. Elle n'avait donc pas à soupeser ou concilier des droits; elle a plutôt considéré qu'il s'agissait de soupeser des valeurs :

Dans la présente cause, la Cour n'est pas appelée à réconcilier, d'entrée de jeu, deux droits constitutionnels, seule la liberté de religion étant invoquée ici. De plus, étant donné que la décision touche véritablement chacune des parties et que nous sommes en présence d'une décision prise par un organisme administratif dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi, une analyse contextuelle fondée sur l'article premier permettra de soupeser de façon plus complète les valeurs opposées pertinentes.⁵³

La décision a été rendue en vertu de l'al. 2a) et de l'article premier de la Charte canadienne, sans mention de la Charte québécoise.⁵⁴ Les juges ne reprennent pas la méthode d'analyse juridique propre à l'accommodement raisonnable. Il est vrai que la juge Charron effectue un rapprochement entre l'accommodement raisonnable et le critère de l'atteinte minimale sous l'article premier, allant même jusqu'à considérer que « la notion d'« accommodement raisonnable » équivaut à celle de « limites raisonnables » prévue à l'article premier de la *Charte canadienne* » :⁵⁵

De plus, ce rapprochement des principes juridiques me paraît logique. Il ressort de la jurisprudence en matière de discrimination qu'il existe une obligation de prendre des mesures d'accommodement raisonnables en faveur des individus qui subissent les effets préjudiciables d'une politique ou d'une règle neutre en apparence, et ce, jusqu'au point où le respect de cette obligation entraîne des contraintes excessives pour la partie qui est

⁵³ *Multani*, *supra* note 14 au par. 29.

⁵⁴ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12. Dans *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791, la juge Deschamps avait pourtant énoncé qu'il fallait d'abord appliquer la Charte québécoise, en y voyant même là une règle du droit constitutionnel. Manifestement, ses collègues n'ont pas la même compréhension des rapports entre les chartes québécoise et canadienne, et ce, même dans ce même arrêt *Chaoulli*. Voici l'extrait pertinent de l'opinion de la juge Deschamps (au par. 31): « Décider sur les questions en litige en ayant recours à la *Charte québécoise* permet donc de valoriser un instrument propre au Québec, en plus d'être justifié par les règles du droit constitutionnel canadien ».

⁵⁵ *Multani*, *supra* note 14 au par. 52

tenue d'instaurer les mesures d'accommodement. Sans qu'il soit pour autant nécessaire d'intégrer toute la jurisprudence s'y rapportant, l'analogie avec l'obligation d'accommodement raisonnable me paraît utile pour bien saisir le fardeau qu'impose le critère de l'atteinte minimale vis-à-vis d'un individu en particulier, comme c'est le cas en l'espèce.⁵⁶

Commentant le chevauchement apparent des notions d'atteinte minimale et d'accommodement raisonnable, ses collègues Deschamps et Abella écrivent : « ces notions comportent plusieurs similitudes, mais nous estimons qu'elles appartiennent à deux catégories d'analyse distinctes ».⁵⁷ Au-delà de cette question, l'arrêt n'adopte pas la méthode d'analyse de l'accommodement raisonnable. Quant au juge LeBel, il effectue explicitement un rapprochement avec l'arrêt *Dagenais*, dans lequel le juge Lamer avait reformulé le critère de proportionnalité en termes de proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets bénéfiques :

Par ailleurs, notre Cour n'a jamais conclu de façon définitive que la méthode de justification en vertu de l'article premier devait s'appliquer mécaniquement et que chacune de ses étapes étaient pertinentes dans toute situation. L'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, notamment, reconnaît la flexibilité de la méthode établie par l'arrêt *Oakes* et l'utilité de cette caractéristique. Prononcé à l'occasion de l'examen de règles de common law mettant en jeu deux droits protégés, en l'occurrence le droit à un procès juste et la liberté d'expression, l'arrêt *Dagenais* utilisait une méthode simplifiée, qui était basée sur la mise en équilibre des droits et faisait l'économie de certaines étapes de la méthode maintenant classique.⁵⁸

Dans *Dagenais*, le juge Lamer a reformulé le critère de proportionnalité en précisant qu'« il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets bénéfiques »⁵⁹ C'est cette

⁵⁶ *Ibid.* au par. 53.

⁵⁷ *Ibid.* au par. 129.

⁵⁸ *Ibid.* au par. 150, juge LeBel.

⁵⁹ *Dagenais*, *supra* note 13 à la p. 889 : « À mon sens, la qualification de la troisième étape du second volet du critère formulé dans *Oakes* comme concernant uniquement l'équilibre entre l'objectif et les effets préjudiciables d'une mesure repose sur une conception trop étroite de la proportionnalité. À mon avis, même si un objectif est suffisamment important, même si on a satisfait aux deux premiers éléments du critère

« méthode simplifiée » d'équilibre des droits qui m'intéresse ici. Elle fait une place importante à la notion de préjudice, ce qui s'observe également dans la jurisprudence récente en droit pénal.⁶⁰ Reconnaissant qu'« une analyse contextuelle fondée sur l'article premier permettra de soupeser de façon plus complète les valeurs opposées pertinentes », la juge Charron conclut suivant cette voie que les effets préjudiciables de l'interdiction de porter le kirpan à l'école surpassent les effets bénéfiques :

La prohibition totale de porter le kirpan à l'école dévalorise ce symbole religieux et envoie aux élèves le message que certaines pratiques religieuses ne méritent pas la même protection que d'autres. Au contraire, le fait de prendre une mesure d'accommodement en faveur de Gurbaj Singh et de lui permettre de porter son kirpan sous réserve de certaines conditions démontre l'importance que notre société accorde à la protection de la liberté de religion et au respect des minorités qui la composent. Les effets préjudiciables de l'interdiction totale surpassent donc ses effets bénéfiques.⁶¹

Ce type de balance entre les inconvénients apparaît encore plus clairement dans l'arrêt *Amselem*. Ici encore, la question n'est pas abordée sous l'angle du droit à l'égalité et de la discrimination fondée sur la religion, mais dans le cadre de la liberté de religion, pour laquelle la Cour a retenu une conception subjective. Commentant cet arrêt,⁶² le professeur Christian Brunelle a déjà très bien montré la distinction entre les méthodes d'analyse unitaire et bipartite, la première étant celle de la majorité, la seconde, celle de la minorité. Selon Brunelle, si la seconde méthode est supérieure à la première, « plus compatible avec la structure

de proportionnalité et même si les effets préjudiciables sont proportionnels aux objectifs, il demeure possible qu'en raison de l'absence de proportionnalité entre ses effets nuisibles et ses effets bénéfiques, une mesure ne soit pas raisonnable et que sa justification ne puisse se démontrer dans une société libre et démocratique. Je reprendrais donc la troisième partie du critère *Oakes* comme suit: il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures restreignant un droit ou une liberté et l'objectif, et il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets bénéfiques. » [nos soulignements].

⁶⁰ Tristan Desjardins, *Les infractions d'ordre moral en droit criminel canadien*, Markham, Ont., LexisNexis, 2007.

⁶¹ *Multani*, *supra* note 14 au par. 79.

⁶² Christian Brunelle, « La sécurité et l'égalité en conflit : la structure de la Charte québécoise comme contrainte excessive? », dans Barreau du Québec et Tribunal des droits de la personne, dir., *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où?*, Cowansville, Yvon Blais, 2005 à la p. 343.

même de la Charte québécoise », le résultat auquel est parvenu la majorité, même si fondé sur une méthodologie insuffisante, lui semble plus juste, plus heureux, que celui qu'aurait privilégié la minorité en ne permettant pas la construction de la souccah sur le balcon. Voici comment il décrit la méthode d'analyse de la majorité :

En somme, la majorité dans l'arrêt *Amselem* occulte l'article 9.1. et la grille d'analyse qui lui est généralement appliquée en droit public pour se limiter à « comparer simplement l'inconvénient pour une partie avec l'inconvénient pour l'autre ». ⁶³

Voici comment le juge Iacobucci, au nom de la majorité, exprime l'approche de balance des inconvénients qu'il adopte :

En dernière analyse, toutefois, je suis d'avis que les atteintes ou effets préjudiciables qui, prétend-on, seraient causés aux droits ou intérêts des membres de l'intimé dans les circonstances sont tout au plus minimales et ne sauraient raisonnablement être considérés comme ayant pour effet d'imposer des limites valides à l'exercice par les appelants de leur liberté de religion. ⁶⁴

Appliquée au cas d'espèce, cela suggère la conclusion suivante :

Concrètement, dans quelle mesure l'intimé subirait-il un préjudice si les appelants étaient autorisés à installer une souccah pendant 9 des 365 jours que compte une année? La preuve dont nous disposons n'apporte pas de réponse satisfaisante. L'intimé n'a tout simplement pas produit suffisamment d'éléments de preuve pour nous permettre de conclure que le fait d'autoriser les appelants à construire de telles souccahs temporaires ferait baisser la valeur des appartements ou de la propriété dans son ensemble. Même si je considérais la possibilité que l'immeuble se déprécie si on permettait à un nombre important de copropriétaires d'installer une souccah sur leur balcon respectif pendant une longue période au cours de l'année, toute baisse de valeur occasionnée par la présence d'un petit nombre de souccahs pendant neuf jours dans l'année serait assurément minime. En l'espèce, par conséquent, l'exercice par les appelants de leur liberté de religion—exercice qui, ai-je avancé, subirait une atteinte substantielle—l'emporterait

⁶³ *Ibid.* à la p. 353.

⁶⁴ *Amselem*, *supra* note 16 au par. 84.

sur les inquiétudes non étayées des copropriétaires concernant la perte de valeur de la propriété ». ⁶⁵

Cette approche de balance des inconvénients pose, on le voit, une difficulté pour le jugement juridique. Selon quels critères le juge doit-il soupeser les inconvénients que subissent les parties? Cette appréciation des inconvénients subis par les parties présuppose que le juge possède la capacité d'évaluer la situation de chacune, ce qui réintroduit une conception mentaliste de l'opération de juger et ignore la limitation contextuelle du jugement. Dans sa dissidence, le juge Bastarache met en garde contre cette simplification du raisonnement de limitation des droits :

Il ne s'agit pas non plus de comparer simplement l'inconvénient pour une partie avec l'inconvénient pour l'autre; ce serait là dénaturer l'art. 9.1 qui se réfère spécifiquement à l'intérêt commun de tous les citoyens du Québec. ⁶⁶

De la même façon, le juge Binnie, dissident, explique pourquoi l'on ne devrait pas restreindre le test de la limitation des droits à un exercice de balance des inconvénients :

Il ne s'agit pas simplement en l'espèce de soupeser les avantages et les désavantages, c'est-à-dire de se demander si, de l'avis de la Cour, le fait d'interdire aux appelants de construire une souccah personnelle leur causerait un désavantage plus grand que celui que subiraient les copropriétaires si un certain nombre de souccahs étaient construites sur les balcons de l'immeuble. Par conséquent, je ne considère pas déterminant le critère proposé par mon collègue le juge Iacobucci, au par. 84, à savoir qu'à son avis

les atteintes ou effets préjudiciables qui, prétend-on, seraient causés aux droits ou intérêts des membres de l'intimé dans les circonstances sont tout au plus minimales et ne sauraient raisonnablement être considérés comme ayant pour effet d'imposer des limites valides à l'exercice par les appelants de leur liberté de religion.

En toute déférence, une telle approche a pour effet de libérer trop facilement les citoyens des obligations auxquelles ils s'engagent dans des contrats que d'autres personnes s'attendent qu'ils respectent. L'article 9.1 de la *Charte* québécoise impose une

⁶⁵ *Ibid.* au par. 85.

⁶⁶ *Ibid.* au par. 154.

démarche plus nuancée. Chaque partie au présent pourvoi plaide avec insistance qu'elle a le droit de faire ce qu'elle veut faire, et le fardeau de preuve incombait aux appelants. J'estime que l'art. 9.1 commandait que des personnes raisonnables, placées dans la situation des appelants, prennent en considération les faits suivants :

1. Aucune mesure étatique n'est en cause.
2. L'immeuble est régi par un ensemble de règles auxquelles les parties, y compris les appelants, ont volontairement adhéré. L'interdiction prévue à l'art. 2.6.3 est claire et nette.
3. Les vendeurs ont fait ce qu'ils pouvaient pour faire en sorte que les appelants lisent les règles avant l'achat.
4. Il est permis de s'attendre à ce que des personnes raisonnables effectuant un achat important, tel l'achat d'un appartement, lisent les conditions du contrat avant de le signer, y compris la déclaration de copropriété, qui régira leur vie collective.
5. Vu l'importance que les appelants accordent à la construction d'un abri sur un balcon commun, les copropriétaires intimés pouvaient raisonnablement s'attendre à ce que les appelants vident cette question avant d'acheter.
6. Des acheteurs qui ne se sont pas donné la peine de lire les règles ne devraient pas bénéficier, en vertu du contrat, de droits plus étendus que les acheteurs diligents et consciencieux qui les ont lues.
7. L'immeuble visé en l'espèce n'était que l'un des nombreux immeubles dans lesquels les appelants auraient pu acheter un appartement.
8. Les balcons sont désignés comme des parties communes, bien que leur usage soit dans chaque cas réservé au résident de l'appartement attenant.
9. Au moment où les appelants ont acheté, les règles interdisaient de construire un abri sur les balcons de

l'immeuble (même si les souccahs ne sont installées que pendant une période de neuf jours par année).

10. Les copropriétaires avaient proposé aux appelants l'installation d'une souccah commune dans les jardins.
11. L'installation des souccahs dans les jardins présentait pour quelques appelants certains désavantages, comparativement à une souccah sur les balcons, mais ces désavantages étaient davantage d'ordre physique (M. Amselem par exemple s'opposait à l'idée de devoir monter et descendre plusieurs volées de marches) que spirituel.
12. Les convictions religieuses de M. Amselem ne l'empêchaient pas, selon son propre témoignage, d'utiliser une souccah commune lorsqu'il ne pouvait pas disposer de sa propre souccah.⁶⁷

Il est difficile de porter un jugement théorique sur cette approche de balance des inconvénients. En théorie constitutionnelle, certains auteurs ont proposé que le principe de proportionnalité emprunte une semblable méthode d'optimisation des valeurs en conflit.⁶⁸ Il est possible d'évaluer cette conception du jugement du point de vue de l'impartialité morale, de la légitimité politique et de sa capacité à promouvoir l'égalité.⁶⁹ L'analyse critique que je veux faire ici de la méthode de balance des inconvénients propose de lier théorie du jugement et théorie de la gouvernance—je rappelle que cette perspective est liée à une hypothèse de recherche.

La balance des inconvénients suppose que chaque partie exprime d'abord ses préférences, ce qui situe le débat à un niveau de rationalité

⁶⁷ *Ibid.* au par. 207.

⁶⁸ Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002; David Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

⁶⁹ Luc B. Tremblay, « Le fondement normatif du principe de proportionnalité en théorie constitutionnelle » dans Luc B. Tremblay et Grégoire Webber, dir., *La limitation des droits de la Charte: Essais critiques sur l'arrêt R. c. Oakes*, Montréal, Éditions Thémis, 2009 à la p. 77.

bien en-deçà de la réflexivité. L'expression des préférences et des intérêts de chaque partie, sans dispositif institutionnel permettant la réflexivité du moment coopératif de construction d'une signification normative partagée, présuppose que la formulation *a priori* de ces préférences et de ces intérêts est entièrement réalisable par le jeu de la raison formelle, qui serait susceptible d'anticiper toutes les particularités contextuelles que le problème à résoudre implique. Et s'il y avait d'autres éléments contextuels, d'autres choix ou d'autres solutions possibles que la raison ne peut déduire par anticipation? Les parties ne peuvent se représenter *a priori* leurs intérêts et leurs préférences. Encore moins peuvent-ils questionner leurs cadres interprétatifs :

Cette position consiste à prendre en compte le fait que la représentation que les agents formulent *immédiatement* de leurs intentions, intérêts, préférences (c'est-à-dire en l'absence de dispositifs spécialement organisés pour les amener à reconstruire leurs cadres interprétatifs) n'est qu'une sélection particulière parmi d'autres possibles et qu'une « attention » à cette opération de sélection permettrait donc éventuellement de construire d'autres sélections possibles.⁷⁰

L'application effective d'une norme ne saurait être fondée sur les seuls choix effectués selon un calcul d'optimisation en fonction de préférences qui étaient données d'avance; il existe une certaine incertitude qui oblige à une prudence face au mode de raisonnement conséquentialiste : « L'intuition est que tout jugement normatif nécessite aussi d'autres opérations de choix que celle du calcul d'anticipation propre à la raison stratégique ».⁷¹ Une telle approche adopte une conception de la raison dite instrumentale, que Hobbes a jadis suggérée pour solutionner le problème de la philosophie pratique, c'est-à-dire de faire des raisons morales d'agir des mobiles rationnels et de ramener le jugement moral à un choix rationnel :⁷² « La mise en œuvre du principe de proportionnalité ouvre un premier terrain d'expérimentation de la

⁷⁰ Lenoble, « Au-delà du Juge », *supra* note 24 à la p. 33.

⁷¹ Jacques Lenoble, « L'efficience de la gouvernance par le droit. Pour une procéduralisation contextuelle du droit » (2002-2003) 33 R.D.U.S. 13 à la p. 47.

⁷² Jürgen Habermas, « La morale des visions du monde. "Raison" et "vérité" dans le libéralisme politique de Rawls » dans Jürgen Habermas et John Rawls, dir., *Débat sur la justice politique*, Paris, Cerf, 1997, 143 à la p. 151.

rationalité de la perspective instrumentale ». ⁷³ La méthode de pesée des intérêts soulève d'importantes et difficiles questions :

On se demandera d'abord quels intérêts il s'agit de prendre en compte. Comment les sélectionner? Comment s'assurer de leur pertinence en la cause, ainsi que de leur représentativité? Quand la responsabilité de la construction de la norme se déplace du Parlement au prétoire, il faut en effet s'assurer que le juge ait pu confronter tous les points de vue pertinents. Mais, dans la forme actuelle du droit procédural, les conditions d'une telle confrontation sont-elles assurées? Et le juge dispose-t-il de l'expertise nécessaire pour arbitrer entre ces thèses concurrentes qui porteront tant sur le contexte factuel, y compris l'anticipation des effets futurs de la règle, que sur l'environnement juridique?⁷⁴

L'on risque alors de « réduire la pondération des intérêts à un simple calcul, à un bilan coûts-bénéfices, qui ne prendrait en compte que des valeurs quantifiables, ou qui forcerait tout type d'intérêt à se décliner sous forme monétaire ». ⁷⁵ Tant qu'ils ne sont pas soumis à l'argumentation, les intérêts ne sont pas soumis au point de vue moral et chacun continue d'exprimer ses préférences. Tant qu'ils demeurent à ce stade, les intérêts et les préférences ne peuvent valoir pour fonder une norme. La norme ne peut simplement refléter les préférences de l'une des parties, sous prétexte qu'elles sont plus importantes que les préférences de l'autre partie. Les cadres interprétatifs immédiatement mobilisés doivent être réinterrogés. On ne peut présumer que les individus choisissent au départ d'adhérer à la forme de vie que la norme interpelle. On ne peut présumer que parce que la norme juridique d'accommodement raisonnable existe, les individus s'y soumettront. C'est un énorme présupposé que de croire qu'ils accepteront d'eux-mêmes de se placer sous cette norme. Pour le dire autrement, on ne peut présumer que les conditions de réalisation de la finalité du droit à l'égalité seront automatiquement satisfaites. J'irais même plus loin : on ne peut pas présupposer qu'il y a accord ou consensus sur la finalité ou la visée d'intentionnalité de la norme.

⁷³ François Ost et Michel van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002 à la p. 440.

⁷⁴ *Ibid.* à la p. 438.

⁷⁵ *Ibid.*

On ne peut considérer que la question soumise à la délibération, ou que le problème à résoudre, soient déterminables *a priori*. Chacun construit la question et le problème selon ses propres présupposés, qui ne sont pas nécessairement partagés par les autres individus ou groupes. Et c'est là l'une des difficultés que pose la juridicisation d'une question ou d'un problème, c'est-à-dire que dans l'appropriation par le droit s'effectue une traduction dans le langage juridique et un travestissement normatif. Néanmoins, la normativité juridique offre une possibilité de saisir une question, en en réduisant la complexité certes,⁷⁶ mais en proposant certaines pistes de solution.

Pour bien expliquer cette nécessaire conversion des préférences, l'on peut référer à l'obligation que la Cour suprême du Canada, dans *Meiorin*, a intégrée dans la négociation de la convention collective et dans la convention elle-même. D'obliger employeurs et syndicats à intégrer l'accommodement raisonnable dans la norme, voilà qui n'est peut-être pas conforme aux volontés qu'ils avaient initialement. Cependant, l'action de la norme et du juge vient obliger les uns et les autres à revoir leurs obligations à l'égard des employés susceptibles de subir de la discrimination. C'est leurs rôles et plus fondamentalement leurs identités que les employeurs et les syndicats doivent remettre en cause. C'est cette participation à cette réflexivité qui définit le nouveau rôle du juge dans un système qui prend en compte ce deuxième niveau, celui de la gouvernance, qui intervient dans l'application du droit.

Qu'est-ce à dire pour le juge qui se demande si une partie est responsable de discrimination et a satisfait à son obligation d'accommodement raisonnable? Selon la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, les acteurs doivent adopter un dispositif institutionnel (telle la négociation d'une convention collective ou la convention elle-même) qui permette d'intégrer l'accommodement raisonnable dans la norme. Formulée plus généralement, cette norme signifie que la responsabilité d'une partie à la discrimination pourrait être envisagée lorsque celle-ci ne s'est pas dotée ou n'a pas participé à la mise en place d'un dispositif nécessaire pour permettre une prise en compte de la réflexivité contextuelle.

⁷⁶ Luhmann, *supra* note 20.

CONCLUSION

Alors que la théorie du droit s'est longtemps intéressée au pouvoir du juge dans la création et l'interprétation du droit, la théorie contemporaine a également cherché à expliquer l'action judiciaire en fonction, d'une part, de la démocratie délibérative⁷⁷ et, d'autre part, de l'auto-reproduction du droit.⁷⁸ Dans le présent texte, j'ai cherché à montrer comment le rôle du juge pouvait aussi être conçu dans son rapport à la gouvernance réflexive. Évidemment, il ne s'agit pour le moment que d'une hypothèse, que des travaux ultérieurs permettront, je l'espère, de démontrer. Néanmoins, cette intuition repose sur une compréhension de l'évolution des théories contemporaines du droit qui permet de saisir pourquoi la question de savoir si le juge crée ou interprète le droit doit être reformulée. Malgré tout, la question est intéressante en ce qu'elle permet de lever le voile sur les raisons qui expliquent pourquoi les juristes ont consacré tant d'efforts à l'étude du rôle du juge.

En introduisant clairement dans le droit une logique axiologique, les droits et libertés ont été perçus comme modifiant le rôle du juge en l'amenant à s'intéresser aux valeurs qui sous-tendent ces normes juridiques.⁷⁹ La méthode de balance des inconvénients réduit cependant l'opération de juger à un calcul mentaliste, laissant en plan la réflexivité contextuelle nécessaire à l'application effective de la norme d'égalité. L'obligation d'accommodement raisonnable, notion juridique, a causé une remise en question des institutions propres aux relations de travail. C'est là l'effet réflexif de l'accommodement raisonnable.

⁷⁷ Cass R. Sunstein, *Designing Democracy. What Constitution Do*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

⁷⁸ Luhmann, *supra* note 20.

⁷⁹ Andrée Lajoie, *Jugements de valeurs*, Paris, Presses universitaires de France, 1997.