

LIMITES DE L'ACCOMMODEMENT : LE DROIT A-T-IL TOUT DIT ?

Pierre Bosset*

Publié dans la revue *Éthique publique* (volume 8, numéro 3, avril 2007)

* Directeur de la recherche et de la planification à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. L'auteur s'exprime à titre personnel. Certaines idées développées ici sont reprises de l'introduction générale de l'ouvrage *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous* (à paraître en 2007 aux Éditions Yvon Blais sous la direction de Myriam Jézéquel).

LIMITES DE L'ACCOMMODEMENT : LE DROIT A-T-IL TOUT DIT ?

Pierre Bosset

Résumé

Quelles sont les limites de l'accommodement raisonnable? Et le droit est-il disqualifié pour répondre à cette question ? Au Québec, plusieurs semblent être d'avis que seule une délibération de nature politique peut fixer des limites adéquates à ce concept, le droit et les tribunaux ayant (dit-on) montré leur incapacité à encadrer l'application de celui-ci sur la base de valeurs ou principes importants, comme la mission des institutions publiques ou le respect de l'égalité des sexes. Pourtant, dans la mesure où il exprime les valeurs fondamentales d'une société, le droit fait nécessairement partie de toute délibération publique. Cet article explore les voies par lesquelles le droit peut, en toute cohérence avec lui-même – et sans compromettre son autonomie par rapport au politique – tenir compte de valeurs ou principes importants dans l'application de l'accommodement raisonnable.

Abstract

What are the limits of reasonable accommodation? Does law provide an appropriate framework to answer the question? In Québec, it has become commonplace to assume that adequate (i.e., principled or value-based) limits to accommodation can be set only through political debate and the exercise of political will – as opposed to legal pronouncements and reasoning. Yet, law embodies the fundamental values of society. While preserving its arms-length relationship to politics and its own coherence, it must therefore inform public debate. This article explores how law can provide appropriate answers to those who doubt its ability to respect the character of civic institutions or to protect values such as gender equality in the context of reasonable accommodation.

En matière d'accommodement raisonnable, les juristes ont-ils trop parlé ? Ou du moins, auraient-ils dit tout ce qu'ils avaient à dire ? Telle est la troublante impression (pour un juriste) qui se dégage de l'évolution récente du débat québécois sur l'accommodement raisonnable. La critique du droit qui s'exprime alors se confond souvent avec celle de l'accommodement raisonnable lui-même : reproches d'angélisme, d'aveuglement face aux intégrismes, de compromission de valeurs fondamentales, voire de négation de l'identité québécoise. Pourtant, la notion même d'accommodement *raisonnable* exclut ce qui nous amènerait sur le terrain du déraisonnable. Mais de quelle raison parlons-nous, et le droit lui-même est-il raisonnable ?

Les droits et libertés de la personne (dont relève l'accommodement raisonnable) sont inséparables des droits et libertés d'autrui et du bien-être général, comme le rappelle le préambule de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec ¹. Dans l'affaire *Simpsons-Sears*, où elle introduisait en droit canadien l'obligation d'accommodement (comme un corollaire du droit à l'égalité), la Cour suprême s'exprimait ainsi :

« Dans toute société, les droits d'une personne entreront inévitablement en conflit avec les droits d'autrui. Il est alors évident que tous les droits doivent être limités afin de préserver la structure sociale dans laquelle chaque droit peut être protégé sans porter atteinte indûment aux autres. » ²

Ce court article explore les voies par lesquelles le droit peut, en toute cohérence avec lui-même – et sans compromettre son autonomie par rapport au politique – tenir compte de certaines valeurs ou principes importants, comme la mission des institutions publiques ou le respect de l'égalité des sexes, dans l'application de l'obligation d'accommodement raisonnable. Il fait appel aux ressources conceptuelles du droit, qui sont beaucoup plus sensibles à de telles préoccupations que peut le laisser croire une lecture trop rapide de la jurisprudence.

Nous distinguerons les limites purement fonctionnelles de l'accommodement raisonnable de celles qui découlent de la nécessité de respecter l'ordre public, les valeurs démocratiques et le bien-être général.

LES LIMITES FONCTIONNELLES : LA CONTRAINTE EXCESSIVE

Introduite par la Cour suprême, la notion de contrainte excessive est la limite explicite de l'obligation d'accommodement raisonnable. Elle traduit l'idée selon laquelle un accommodement doit s'inscrire dans les limites de la raison à défaut de quoi, il ne peut être exigé ³.

Telle que définie par la Cour suprême (dans le contexte d'une relation d'emploi), la contrainte excessive renvoie à trois critères d'ordre avant tout fonctionnels, soit les coûts de l'accommodement, l'entrave à l'exploitation de l'entreprise et les droits des co-employés (et, le cas échéant, du public) ⁴. Le secteur des relations du travail est celui où les critères permettant de juger du caractère excessif d'un accommodement sont les mieux circonscrits et les mieux balisés ⁵. Il convient de manier avec souplesse la notion de

¹ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 [ci-après « la Charte québécoise »], préambule (4^e considérant).

² *Commission ontarienne des droits de la personne (O'Malley) c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536, p. 554-555.

³ En fait, la contrainte excessive et la « raisonabilité » sont des façons différentes d'exprimer le même concept. Voir : *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970, p. 984.

⁴ Arrêts *Simpsons-Sears*, p. 555 et *Renaud*, p. 987-989, précités.

⁵ Pour une liste particulièrement exhaustive des critères utilisés dans la jurisprudence, voir : Christian BRUNELLE, *Discrimination et obligation d'accommodement raisonnable en milieu de travail syndiqué*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 248-252.

contrainte excessive. Dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool*, la juge Wilson, s'exprimant au nom de la majorité, a décrit ainsi l'approche qui s'impose (tout en apportant d'utiles précisions quant aux critères applicables) :

« Je ne crois pas qu'il soit nécessaire de définir de façon exhaustive ce qu'il faut entendre par contrainte excessive mais j'estime qu'il peut être utile d'énumérer certains facteurs permettant de l'apprécier. J'adopte d'abord à cette fin les facteurs identifiés par la commission d'enquête en l'espèce – le coût financier, l'atteinte à la convention collective, le moral du personnel et l'interchangeabilité des effectifs et des installations. L'importance de l'exploitation de l'employeur peut jouer sur l'évaluation de ce qui représente un coût excessif ou sur la facilité avec laquelle les effectifs et les installations peuvent s'adapter aux circonstances. Lorsque la sécurité est en jeu, l'ampleur du risque et l'identité de ceux qui le supportent sont des facteurs pertinents. Cette énumération ne se veut pas exhaustive [...]. »⁶

Plus tard, la Cour renchérit sur ce thème de la souplesse, en soulignant que les facteurs permettant d'apprécier la contrainte excessive « ne sont pas coulés dans le béton », en somme, qu'il y a lieu d'appliquer ces critères « d'une manière souple et conforme au bon sens »⁷. Ainsi, la taille d'une entreprise rendra plus ou moins facile le remplacement d'un employé par un autre. De même, un coût financier qu'il serait raisonnable de supporter en période de prospérité pourra devenir excessif en période de restrictions budgétaires ou de récession.

Le secteur des services publics n'a guère bénéficié des lumières de la jurisprudence jusqu'à maintenant. Or, ce secteur est lui aussi assujéti à l'obligation d'accommodement raisonnable. Ce champ est encore peu exploré par les juristes. Ici, il est nécessaire de prendre en compte la spécificité du secteur des services. Selon nous, il y a place dans le raisonnement juridique pour des critères d'appréciation qui seront spécifiquement adaptés à la nature des établissements de services publics, lesquels ont des responsabilités envers l'ensemble de la collectivité. La nature d'une institution publique figure parmi les variables dont le raisonnement juridique pourrait tenir compte, avec des résultats qui varieront inévitablement. Ainsi, dans son célèbre jugement sur le kirpan, la Cour suprême a eu le souci de mettre en lumière la spécificité de l'école, une institution qui constitue « un environnement unique », un « milieu de vie où enseignants et élèves sont appelés à collaborer »⁸. La Cour en a tiré la conclusion que, dans un tel milieu, il était possible de gérer les situations conflictuelles et de réduire ainsi les risques pour la sécurité. Du même souffle, la Cour précisait toutefois qu'il en serait autrement dans d'autres contextes, donnant l'exemple de la salle d'audience d'un tribunal, où le port d'un kirpan peut constituer une influence sur la conduite d'un procès. Qu'on soit d'accord ou non sur la portée donnée à la liberté religieuse dans cette affaire (cette controverse ne fait pas partie de notre propos), le jugement de la Cour est un exemple d'une approche juridique qui se veut sensible à la mission propre de chaque institution publique. Une approche aussi nuancée ne satisfera sans doute pas ceux qui appellent de leurs vœux une solution « mur à mur » à ce qu'ils considèrent être le « problème » de l'accommodement raisonnable, mais elle prend acte du fait que le droit à l'égalité – dont découle l'accommodement raisonnable – est bien la « pierre angulaire » des chartes des droits⁹.

Dans le même ordre d'idées, le raisonnement juridique peut aussi prendre en considération la nature de la « clientèle » (on nous pardonnera ce mot) d'une institution publique. Ici encore, les résultats d'un tel exercice pourront s'avérer contrastés. Ainsi, l'école publique, dont la clientèle est captive et vulnérable (et

⁶ *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, p. 520-521.

⁷ *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525, p. 546.

⁸ *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256, paragr. 65.

⁹ Madeleine CARON, « Le droit à l'égalité, pierre d'angle de la Charte », *Formation permanente du Barreau*, vol. 58 (1980-81), p. 47-98.

dont on oublie souvent qu'elle est maintenant tenue par la loi de « faciliter le cheminement spirituel de l'élève »¹⁰), pourrait être tenue à certaines obligations positives à l'égard des élèves ayant des besoins religieux particuliers, par exemple de mettre à leur disposition certaines facilités *ad hoc*. Un raisonnement semblable pourrait être tenu à propos des établissements de détention, la « clientèle » de ces établissements étant captive, cette fois au sens propre¹¹. Il pourrait en aller de même des établissements du réseau de la santé caractérisés par une clientèle en perte d'autonomie. *A contrario*, les établissements publics dont la clientèle ne présente pas un tel caractère de captivité ou de vulnérabilité pourraient être tenus à une obligation d'accommodement moins exigeante, qui pourrait simplement consister à tolérer certaines pratiques religieuses (par exemple), mais non à fournir des infrastructures particulières, même de façon *ad hoc*. Ici encore, il ne s'agit pas tant de décrire l'état du droit – la jurisprudence n'ayant pas encore eu à établir de telles distinctions –, mais d'illustrer la perméabilité du droit à des considérations fondées sur la nature des institutions publiques.

LES LIMITES SOCIALES : L'ORDRE PUBLIC, LES VALEURS DÉMOCRATIQUES, LE BIEN-ÊTRE GÉNÉRAL

Un enjeu important pour le droit consiste à intégrer de manière plus explicite les valeurs fondamentales protégées par la Charte québécoise dans le raisonnement qui mène à l'identification des limites de l'accommodement raisonnable¹². Bien que des considérations fonctionnelles permettent déjà de limiter la portée de cette obligation (via 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.

Face à ce problème, le droit est-il dépourvu ?

Nous répondons non. Rappelons d'abord que l'article 9.1 de la Charte québécoise permet d'apporter des limites à l'exercice de la liberté religieuse¹³ au nom, précisément, de certaines valeurs ou intérêts. Cet article prévoit que les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect de l'ordre public, des valeurs démocratiques et du bien-être général des citoyens du Québec, et ajoute que la loi peut, à cet égard, « en fixer la portée et en aménager l'exercice ». Ordre public, valeurs démocratiques et bien-être général apparaissent donc comme autant de limites potentielles à l'obligation d'accommodement raisonnable.

Limites *potentielles*, car c'est moins dans l'énoncé théorique de ces limites que dans l'application de l'article 9.1 à des situations précises que réside le défi. En effet, il ne suffit pas de clamer dans l'abstrait le caractère « non négociable » de certaines valeurs, comme l'égalité des sexes, pour résoudre les tensions susceptibles de se faire jour. Le droit n'est pas un exercice philosophique, ni un positionnement politique! A priori, la nécessité de défendre le principe d'égalité des sexes constitue un objectif suffisamment important pour vouloir restreindre l'exercice de la liberté religieuse. Mais l'article 9.1 oblige à tenir compte

¹⁰ Loi sur l'instruction publique, L.R.Q., c. I-13.3, art. 36, al. 1.

¹¹ Les établissements de détention doivent remplir leurs fonctions en respectant les droits et libertés des personnes sous leur garde, notamment en tenant compte de leurs convictions religieuses. Voir : NATIONS UNIES, *Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus*, dans *Droits de l'homme (recueil d'instruments internationaux)*, Doc. N.U. ST/HR/Rev.2 (1983), p. 81-89 (règle n° 6).

¹² Pierre BOSSET, « Le foulard islamique et l'égalité des sexes : réflexion sur le discours juridique institutionnel en France et au Québec », M. Coutu, P. Bosset, C. Gendreau et D. Villeneuve (dir.), *Citoyenneté et droits fondamentaux. Une citoyenneté limitée, fragmentée, illusoire?*, Montréal, Éditions Thémis, 2000, p. 303-321.

¹³ Un lien intime existe entre la liberté religieuse et l'obligation d'accommodement raisonnable. Dans l'affaire *Simpsons-Sears*, précitée, c'est en se référant à la liberté de religion que la Cour suprême a pu introduire l'obligation d'accommodement raisonnable en droit canadien.

d'autres facteurs. Toute restriction à une liberté fondamentale doit également présenter un lien rationnel avec l'objectif recherché; porter le moins possible atteinte à cette liberté; et enfin, elle doit entraîner des effets qui doivent être proportionnés à l'objectif, ainsi qu'aux effets bénéfiques escomptés¹⁴.

Quant à elle, la conciliation de la liberté religieuse et de l'égalité des sexes n'est pas un jeu à somme nulle, dans lequel un terme de l'équation s'oppose à l'autre. Face au port du hijab à l'école, par exemple, la liberté religieuse s'oppose-t-elle à l'égalité des sexes ? À supposer que le hijab soit « intrinsèquement » contraire à l'égalité des sexes (objet d'une controverse que nous n'aborderons pas), ne faut-il pas pousser plus loin le raisonnement et se demander – dans la perspective de l'interdépendance des droits¹⁵ – si cette égalité des sexes est bien servie par le refoulement des principales intéressées hors du réseau public d'enseignement¹⁶ ?

Nous évoquons cet exemple pour illustrer la convergence discrète, mais bien réelle, du droit et des préoccupations fondées sur les valeurs fondamentales de la société, valeurs qui sont d'ailleurs souvent inscrites au cœur même de la Charte québécoise. À travers sa complexité, ses nuances et les concepts parfois abstraits (proportionnalité, rationalité) qui sont les siens, le droit tente lui aussi d'atteindre un équilibre dynamique et instable entre des valeurs complémentaires et interdépendantes d'égalité et de liberté. Si les réponses qu'il fournit aux questions soulevées par la diversité croissante de notre société sont parfois controversées, ce n'est pas faute de ressources conceptuelles appropriées – ni par angélisme – mais peut-être tout simplement parce que ces questions, quoi qu'on en dise, sont a priori susceptibles de plusieurs réponses, parmi lesquelles nous sommes condamnés à choisir celle qui nous paraît la moins mauvaise.

POUR UNE DÉLIBÉRATION PUBLIQUE NOURRIE PAR LE DROIT

De manière anecdotique mais révélatrice, les récentes « normes de comportement » de la municipalité d'Hérouxville ont illustré les dérapages auxquels pouvait conduire, en matière de gestion de la diversité en général et d'accommodement raisonnable en particulier, une délibération publique peu encadrée.

À l'heure où des appels de plus en plus insistants se font pour que le débat sur l'accommodement raisonnable soit abordé sur un mode exclusivement politique (quitte, diront certains, à déroger aux chartes des droits), il faut rappeler que le droit n'est pas un idéal désincarné : il exprime, sous une forme particulièrement achevée et structurée, les valeurs fondamentales de toute société. Nous avons tenté de montrer ici que les ressources conceptuelles du droit québécois sont sensibles aux préoccupations fondées sur la nature des institutions publiques et sur la nécessité de protéger certaines valeurs fondamentales, valeurs qui doivent cependant être vues comme étant dans un processus d'interaction dynamique entre elles. Il nous semble donc que c'est à ses risques et périls que la société québécoise accepterait de s'engager, sur une question aussi délicate, dans une délibération publique d'où serait évacuée toute réflexion juridique. Si le droit est bien, comme le dit Dworkin, « une expression de la façon dont nous sommes unis dans une collectivité, tout en étant divisés sur nos projets, nos intérêts et nos convictions »¹⁷, alors la voix des juristes mérite de s'exprimer, d'être entendue et d'être écoutée dans

¹⁴ R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103; Dagenais c. Société Radio-Canada, [1994] 3 R.C.S. 835. Ces critères, élaborés sous l'empire de la Charte canadienne des droits et libertés, sont également applicables à l'article 9.1 de la Charte québécoise (voir : Ford c. Procureur général du Québec, [1988] 2 R.C.S. 712).

¹⁵ Sur le principe d'interdépendance des droits, voir : Rolf KUNNEMANN, « A Coherent Approach to Human Rights », *Human Rights Quarterly*, vol. 17 (1995), p. 323-342. Le principe d'interdépendance a été proclamé par la communauté internationale dans la *Déclaration finale de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme* (Vienne, 1993), Doc. N.U., A/CONF.157/323.

¹⁶ Pour une discussion de cette question (répondant, ultimement, par la négative), voir : CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Réflexion sur la question du voile à l'école*, Québec, Le Conseil, 1995.

¹⁷ Ronald DWORKIN, *L'empire du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1994, p. 450.

toute délibération publique sur l'accommodement raisonnable. Car en cette matière, si le droit a beaucoup parlé, il est loin d'avoir encore tout dit.

PB/cl

Édition pour le site Web de la Commission

Le présent document a été édité par la Direction des communications de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, à partir du texte officiel, en vue de répondre à des besoins pratiques.