

Les rapports entre le droit administratif et les droits et libertés : la révision judiciaire ou le contrôle constitutionnel ?

Stéphane Bernatchez

Volume 55, numéro 3, septembre 2010

The Legacy of *Roncarelli v. Duplessis*, 1959-2009
L'héritage de l'affaire *Roncarelli c. Duplessis*, 1959-2009

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1000627ar>
DOI : <https://doi.org/10.7202/1000627ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

McGill Law Journal / Revue de droit de McGill

ISSN

0024-9041 (imprimé)
1920-6356 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Bernatchez, S. (2010). Les rapports entre le droit administratif et les droits et libertés : la révision judiciaire ou le contrôle constitutionnel ? *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill*, 55(3), 641–660.
<https://doi.org/10.7202/1000627ar>

Résumé de l'article

L'auteur propose de revisiter l'arrêt *Roncarelli c. Duplessis* pour répondre à la question suivante : dans l'hypothèse où le droit administratif et le droit constitutionnel sont susceptibles de fournir la solution à un litige, celui-ci doit-il être résolu en ayant recours au critère de l'atteinte minimale tiré du test de l'arrêt *R. c. Oakes*, propre au droit constitutionnel, ou aux règles de la révision judiciaire du droit administratif? Comme elle encourage l'autoreproduction normative, la logique de l'accommodement raisonnable respecte davantage le mouvement initié par l'arrêt *Roncarelli*.

L'auteur s'intéresse d'abord au mouvement de procéduralisation réflexive des dispositifs de gouvernance démocratique amorcé par l'arrêt *Roncarelli*.

L'auteur examine le raisonnement des juges dissidentes Deschamps et Abella dans l'arrêt *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, rendu par la Cour suprême du Canada en 2006, précisant que c'est leur approche, celle de l'accommodement raisonnable, qui prévaut depuis. S'appuyant ensuite sur l'analyse de divers auteurs, il suggère que la démarche de l'accommodement raisonnable est plus appropriée puisqu'elle invite les parties à construire la signification et la portée de la norme qui doit les régir, leur permettant ainsi d'identifier des solutions qui encouragent davantage le vivre-ensemble.

LES RAPPORTS ENTRE LE DROIT ADMINISTRATIF ET LES DROITS ET LIBERTÉS : LA RÉVISION JUDICIAIRE OU LE CONTRÔLE CONSTITUTIONNEL ?

Stéphane Bernatchez *

L'auteur propose de revisiter l'arrêt *Roncarelli c. Duplessis* pour répondre à la question suivante : dans l'hypothèse où le droit administratif et le droit constitutionnel sont susceptibles de fournir la solution à un litige, celui-ci doit-il être résolu en ayant recours au critère de l'atteinte minimale tiré du test de l'arrêt *R. c. Oakes*, propre au droit constitutionnel, ou aux règles de la révision judiciaire du droit administratif ? Comme elle encourage l'autoreproduction normative, la logique de l'accommodement raisonnable respecte davantage le mouvement initié par l'arrêt *Roncarelli*.

L'auteur s'intéresse d'abord au mouvement de procéduralisation réflexive des dispositifs de gouvernance démocratique amorcé par l'arrêt *Roncarelli*. L'auteur examine le raisonnement des juges dissidentes Deschamps et Abella dans l'arrêt *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, rendu par la Cour suprême du Canada en 2006, précisant que c'est leur approche, celle de l'accommodement raisonnable, qui prévaut depuis. S'appuyant ensuite sur l'analyse de divers auteurs, il suggère que la démarche de l'accommodement raisonnable est plus appropriée puisqu'elle invite les parties à construire la signification et la portée de la norme qui doit les régir, leur permettant ainsi d'identifier des solutions qui encouragent davantage le vivre-ensemble.

The author re-examines the decision in *Roncarelli v. Duplessis* in order to answer the following question: if administrative and constitutional law can both provide the solution to a given case, should the issue be resolved through a constitutional law approach, namely; the minimal impairment test developed in *R. v. Oakes*, or through the undue hardship criterion taken from the obligation of reasonable accommodation and usually associated with administrative law? Since it encourages normative self-reference, the reasonable accommodation approach more greatly respects the movement initiated by the *Roncarelli* decision.

The author first examines the movement of reflexive proceduralization of the means of democratic governance that emerged from *Roncarelli*. He analyzes the reasoning underpinning the minority opinion of Justices Deschamps and Abella in the *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys* judgment by the Supreme Court of Canada in 2006, and notes that it is their approach, based on the reasonable accommodation framework, that has been applied since then. Based on the work of various authors, he then suggests that the reasonable accommodation method is more appropriate, as it allows parties to construct and determine the meaning and the scope of the norm that governs them, thus giving them the opportunity to identify solutions that favour living together.

* Professeur agrégé, Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. L'auteur remercie la professeure Geneviève Cartier pour ses commentaires pertinents sur une version préliminaire de ce texte.

Introduction	643
I. Les principes constitutionnels sous-jacents	644
II. La priorité du droit administratif ?	647
<i>A. L'exemple de l'arrêt Multani</i>	647
<i>B. La théorie du droit</i>	655
Conclusion	658

Introduction

Rendu à l'époque de l'émergence de l'État providence et de la montée en corollaire du droit administratif, l'arrêt *Roncarelli c. Duplessis*¹ soulève notamment la question des rapports qu'entretiennent le droit administratif et le droit constitutionnel. L'arrêt survient durant la période processualiste inaugurée en 1938 par la décision de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *United States v. Carolene Products*². Cette décision va générer une dynamique de transformation du droit administratif et de la fonction de juger. Le juge va, dès lors, s'imposer comme l'arbitre du processus régulateur pour créer les conditions nécessaires à la réalisation effective du respect dû aux droits. S'inaugure, dès ce moment, une période d'activisme judiciaire qui va tenter de répondre à la crise du modèle régulateur de nos États sociaux. L'arrêt *Roncarelli* constitue à cet égard, pour reprendre les termes de Lon L. Fuller, « *the entreprise of subjecting human conduct to the governance of rules* »³.

La jurisprudence récente a bien montré que certaines des interrogations soulevées par la Cour suprême du Canada en 1959 conservent encore leur pertinence aujourd'hui, même si d'aucuns s'interrogent maintenant sur le dépassement des catégories juridiques traditionnellement consacrées dans ce domaine⁴. Depuis *Roncarelli*, en effet, non seulement le droit administratif s'est-il considérablement développé, mais le droit positif, qui a été établi pendant cette période, paraît déjà remis en cause par certaines évolutions contemporaines, dont le phénomène de la mondialisation⁵.

Un demi-siècle plus tard, le recours aux principes de la révision judiciaire du droit administratif continue de faire l'objet de litiges, comme en témoigne la jurisprudence récente des tribunaux canadiens. Parmi les questions qui sont aujourd'hui abordées, celle de l'intégration des droits et libertés dans le droit administratif est l'une des plus importantes. Applaudie par les uns, critiquée par les autres⁶, cette « bifurcation » du

¹ [1959] R.C.S. 121, 16 D.L.R. (2^e) 689 [*Roncarelli* avec renvois aux R.C.S.].

² 304 U.S. 144 (1938).

³ Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, éd. rév., New Haven, Yale University Press, 1969 à la p. 96.

⁴ Voir généralement Daniel Mockle, *La gouvernance, le droit et l'État : la question du droit dans la gouvernance publique*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

⁵ Voir généralement Karim Benyekhlef avec la collaboration de Antonia Pereira de Sousa, Mathieu Amouroux et Karim Seffar, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Thémis, 2008.

⁶ Voir Michael Taggart, « Proportionality, Deference, Wednesbury » (2008) N.Z.L. Rev. 423 ; Murray Hunt, « Against Bifurcation » dans David Dyzenhaus, Murray Hunt et

droit administratif en direction de la logique des droits et libertés peut être comprise au départ de l'arrêt *Roncarelli*, qui s'inscrit dans une période où la jurisprudence de la Cour suprême du Canada est reconnue pour avoir donné effet à une reconnaissance implicite des droits et libertés.

En conséquence, nous voudrions soulever ici la difficulté que peuvent représenter les rapports entre le droit administratif et le droit constitutionnel. Plus précisément, la question posée est la suivante : dans l'hypothèse où les deux domaines sont susceptibles de fournir la solution à un litige, celui-ci doit-il être résolu en ayant recours aux règles de la révision judiciaire du droit administratif plutôt qu'à celles de la justification constitutionnelle propres au contrôle judiciaire de constitutionnalité ? Cette question s'inspire d'une *relecture* contemporaine de l'arrêt *Roncarelli* à la lumière de la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada. Pour y répondre, nous examinerons d'abord l'usage judiciaire des principes constitutionnels (I), pour ensuite proposer une réponse fondée sur l'étude de l'arrêt *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois*⁷ et l'analyse de la théorie du droit (II).

I. Les principes constitutionnels sous-jacents

Évalué dans la perspective constitutionnelle et avec le recul de cinq décennies, l'arrêt *Roncarelli* semble avoir influencé la jurisprudence ultérieure de la Cour suprême du Canada dans le recours par les tribunaux aux principes constitutionnels qui sous-tendent la Constitution. Tout en assurant une certaine protection implicite de la liberté de religion, cet arrêt marque une ouverture vers l'utilisation des principes sous-jacents comme sources de droit constitutionnel. Le célèbre passage du juge Rand mérite d'être rappelé :

*That, in the presence of expanding administrative regulation of economic activities, such a step and its consequences are to be suffered by the victim without recourse or remedy, that an administration according to law is to be superseded by action dictated by and according to the arbitrary likes, dislikes and irrelevant purposes of public officers acting beyond their duty, would signalize the beginning of disintegration of the rule of law as a fundamental postulate of our constitutional structure*⁸.

Cette mention de l'importance, pour le maintien du régime constitutionnel, de préserver le principe de la primauté du droit afin de faire obstacle à l'arbitraire constitue un premier moment du tournant

Grant Huscroft, dir., *A Simple Common Lawyer: Essays in Honour of Michael Taggart*, Portland (Or.), Hart, 2009, 99.

⁷ 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256, 264 D.L.R. (4e) 577 [*Multani*].

⁸ *Roncarelli*, *supra* note 1 à la p. 142.

définitif que prendra ultérieurement la Cour suprême du Canada dans le recours aux principes constitutionnels⁹. Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, la Cour résume comme suit ce sens premier du principe de la primauté du droit : « [L]e droit est au-dessus des autorités gouvernementales aussi bien que du simple citoyen et exclut, par conséquent, l'influence de l'arbitraire »¹⁰. Semblant considérer que la Constitution forme un système complet et fermé, la Cour dira aussi que le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹¹ « invite les tribunaux à transformer ces principes en prémisses d'une thèse constitutionnelle qui amène à combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel »¹² :

En tant que tel, le préambule est non seulement une clef permettant d'interpréter les dispositions expresses de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais également une invitation à utiliser ces principes structurels pour combler les lacunes des termes exprès du texte constitutionnel. Il est le moyen qui permet de donner force de loi à la logique qui sous-tend la Loi¹³.

Dans l'arrêt *Roncarelli*, le juge Rand amorce le mouvement de procéduralisation réflexive des dispositifs de gouvernance démocratique avec la pénétration de l'État administratif par les exigences constitutionnelles relatives aux principes sous-jacents et aux droits fondamentaux. La procéduralisation réflexive peut se comprendre ici à la fois dans le sens de la théorie systémique et dans l'acception formulée par la théorie pragmatiste. Ainsi, les principes et les droits ont un double lien avec la réflexivité.

D'une part, ils remplissent une fonction d'autorévision ou d'autoreproduction du droit, en ce qu'ils permettent au système juridique, sous l'effet de l'un de ses éléments internes, de remettre en question certaines de ses propres règles. C'est ce que la théorie systémique décrit comme le mouvement d'autopoïèse. La théorie systémique confère un sens important à la réflexivité, comme l'explique Louise Lalonde :

Ce *droit réflexif* se conçoit alors dans une perspective systémique d'autoreproduction du droit. Ainsi, la réflexivité du droit peut notamment être comprise comme son accès dans sa propre

⁹ Sur l'usage judiciaire des principes, voir Danielle Pinard, « Certaines utilisations de principes constitutionnels implicites par la Cour suprême du Canada » (2007) 55 *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 625.

¹⁰ *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721 à la p. 748, 19 D.L.R. (4^e) 1.

¹¹ (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n^o 5.

¹² *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 au para. 104, 150 D.L.R. (4^e) 577 [*Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*].

¹³ *Ibid.* au para. 95.

construction aux autres systèmes sociaux et une certaine contextualisation à son environnement d'application dont la finalité est sa reproduction, ou son auto-reproduction. L'usage des acteurs sert la construction du système et les acteurs ne sont pas les architectes de ce système¹⁴.

D'autre part, des dispositifs institutionnels favorisant la participation des acteurs sont bien souvent associés aux principes constitutionnels, tel celui de la primauté du droit. Dans ce second sens, la réflexivité « se conçoit comme convoquant nécessairement les acteurs, et non seulement leur participation, mais leur construction du sens de la norme »¹⁵. Dans la foulée de l'arrêt *Roncarelli*, il a fallu prévoir les conditions légales auxquelles un permis d'alcool peut être retiré à un restaurateur. Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, la Cour suprême du Canada, qui invalidait d'un seul coup près de cent ans de législation provinciale en raison de son caractère unilingue anglais, a opté pour une déclaration d'invalidité avec effet suspendu, qui a eu pour conséquence de renvoyer au législateur la responsabilité de procéder à la traduction des lois provinciales. Par ailleurs, c'est à une véritable négociation raisonnée que la Cour a convié les parties dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*¹⁶ ainsi que dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*¹⁷. Dans le premier cas, la Cour se dit d'avis que la Constitution exige la mise en place d'un dispositif institutionnel. Il s'agit plus précisément de l'obligation de créer des commissions indépendantes chargées d'examiner la rémunération des juges par lesquelles les parties pourront être consultées et discuteront sans pour autant qu'il ne s'agisse de négociations directes entre le gouvernement et le pouvoir judiciaire, ce qui serait contraire au principe de l'indépendance judiciaire. Dans le second cas, le processus de sécession dicté par la Cour impose aux parties des obligations de négociation à la suite d'un référendum répondant à certaines exigences de clarté.

Par une compréhension plus approfondie de la théorie de la norme, dont l'application exige la construction collective de son sens, la théorie du

¹⁴ Louise Lalonde, « La parole des citoyens interpellée par les lois à exigence de réflexivité, quels usage(s) et quelle(s) parole(s) ? » dans Vincente Fortier et Sébastien Lebel-Grenier, dir., *La parole et le droit. Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke, juin 2008*, Sherbrooke, Éditions Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2009, 25 à la p. 31. Voir aussi Niklas Luhmann, « Le droit comme système social » (1989) 11-12 *Dr. et Soc.* 53; Gunther Teubner, *Droit et réflexivité: l'auto-référence en droit et dans l'organisation*, trad. par Nathalie Boucquey avec la collaboration de Gaby Maier, Bruxelles et Paris, Bruylant et Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1996.

¹⁵ Lalonde, *supra* note 14 à la p. 28.

¹⁶ Pour une analyse critique, voir Jean Leclair et Yves-Marie Morissette, « L'indépendance judiciaire et la Cour suprême: reconstruction historique douteuse et théorie constitutionnelle de complaisance » (1998) 36 *Osgoode Hall L.J.* 485.

¹⁷ [1998] 2 R.C.S. 217, 161 D.L.R. (4^e) 385.

droit rejoint la théorie de la gouvernance, plus précisément dans le potentiel de réflexivité des normes juridiques¹⁸. Cette question sera examinée plus loin.

II. La priorité du droit administratif ?

Par le recours au principe constitutionnel de la primauté du droit à l'encontre d'une décision administrative, l'arrêt *Roncarelli* soulève la question des rapports entre le droit administratif et le droit constitutionnel. Sur ce point, la jurisprudence récente suggère que le droit administratif cède le pas au droit constitutionnel pour résoudre un litige qui relève à la fois de l'un et de l'autre. Cette évaluation doit toutefois être située dans le contexte contemporain : la période durant laquelle l'arrêt a été rendu était marquée par le développement de l'État administratif, alors que nous avons depuis traversé l'ère des droits fondamentaux constitutionnalisés.

A. L'exemple de l'arrêt *Multani*

Selon la Cour suprême du Canada, la question soulevée dans l'arrêt *Multani*¹⁹ aurait pu se comprendre et s'analyser tant dans la perspective du droit constitutionnel que dans celle du droit administratif. Il s'agissait de déterminer si la décision d'un conseil d'une commission scolaire interdisant à un des élèves de porter un kirpan à l'école, tel que le requiert sa croyance subjective, portait atteinte à sa liberté de religion. Parmi les huit juges de la Cour s'étant prononcés dans cet arrêt, seules les juges Deschamps et Abella ont opté pour une analyse fondée sur le droit administratif.

Avant d'analyser cet arrêt, il convient de préciser que ce n'était pas la première fois que des juges de la Cour proposaient de s'en remettre au droit administratif plutôt qu'au droit constitutionnel pour résoudre ce type de litige. En effet, on retrouve dans la jurisprudence des traces de cette approche de minimalisme judiciaire, laquelle propose de résoudre

¹⁸ Voir Jacques Lenoble et Marc Maesschalck, *L'action des normes : éléments pour une théorie de la gouvernance*, Sherbrooke, Éditions Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2009.

¹⁹ *Supra* note 7. Il convient de soulever le problème du caractère heuristique de cet arrêt pour les fins de la présente analyse, car ce litige aurait pu recevoir un traitement différent, quasi-constitutionnel, en vertu du droit à l'égalité et de la protection contre la discrimination garantis par l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* (L.R.Q. c. C-12 [*Charte québécoise*]). Bien qu'il ne soit pas possible d'en faire ici la démonstration, cette voie quasi constitutionnelle semblait pourtant préférable, pour les raisons qui seront présentées dans ce qui suit.

une question en ayant recours au moyen le moins ambitieux ou difficile²⁰. Il ne saurait s'agir ici de prétendre que les règles du droit administratif sont simples : en témoigne notamment la question des normes de contrôle judiciaire qui continue de faire l'objet de décisions nombreuses et complexes²¹. Néanmoins, s'agissant d'une décision d'un organisme étatique ou public, le droit administratif semble offrir une adéquation plus immédiate avec l'objet du litige. En ce sens, le droit administratif représente une voie décisionnelle moins générale répondant, sur les plans conceptuel et analytique, à une sorte de principe de subsidiarité.

Dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, la juge L'Heureux-Dubé, qui écrit au nom de ses collègues Gonthier, McLachlin, Bastarache et Binnie, retient la voie du droit administratif pour répondre à la question en litige. Elle écrit sans ambages :

Comme, à mon avis, l'appel peut être tranché en vertu des principes du droit administratif et de l'interprétation des lois, il n'est pas nécessaire d'examiner les divers moyens fondés sur la *Charte* qui ont été invoqués par l'appelante et les intervenants qui l'ont appuyée²².

Au surplus, cet arrêt démontre que, loin d'exclure les arguments reposant sur la *Charte canadienne des droits et libertés*²³, l'analyse fondée sur le droit administratif en incorpore les principes. En effet, il y est reconnu que,

même si, en général, il sera accordé un grand respect aux décisions discrétionnaires, il faut que le pouvoir discrétionnaire soit exercé conformément aux limites imposées dans la loi, aux principes de la primauté du droit, aux principes du droit administratif, aux valeurs fondamentales de la société canadienne, et aux principes de la *Charte*²⁴.

En ce sens, l'arrêt *Roncarelli* illustre bien à quel point il est difficile de concevoir qu'une décision administrative puisse être maintenue si elle enfreint des principes constitutionnels, tels que celui de la primauté du droit.

²⁰ Voir Cass R. Sunstein, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.

²¹ Voir notamment *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 291 D.L.R. (4^e) 577 ; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, 309 D.L.R. (4^e) 1 ; L'honorable Louis LeBel, « De *Dunsmuir* à *Khosa* » (2010) 55 R.D. McGill 311.

²² *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 au para. 11, 174 D.L.R. (4^e) 193 [*Baker*].

²³ 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 [*Charte canadienne*].

²⁴ *Baker*, *supra* note 22 au para. 56.

En apparence simple, le choix entre le droit constitutionnel et le droit administratif a néanmoins divisé les juges de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Multani*. La majorité d'entre eux a opté pour la voie constitutionnelle en refusant de « dissoudre les normes du droit constitutionnel dans celles du droit administratif »²⁵, alors que les juges Deschamps et Abella ont plutôt choisi la démarche et les règles de la révision judiciaire propres au droit administratif :

À notre avis, la grille du droit administratif doit être préservée pour la révision des *décisions* et *ordonnances* des organismes administratifs. L'analyse de la justification constitutionnelle s'impose par ailleurs lorsqu'il s'agit de contrôler la validité ou l'opposabilité d'une *norme* comme une loi, un règlement ou une autre règle d'application générale de cette nature²⁶.

Les critères qui semblent les plus appropriés pour justifier un pareil choix concernent l'adéquation de la méthode avec le litige et l'autonomie de chaque domaine en cause. Ainsi, les juges Deschamps et Abella déterminent d'abord la norme de contrôle judiciaire applicable, justifiant par la suite l'approche qu'elles privilégient :

À notre avis, le litige est résolu de façon plus adéquate en ayant recours aux règles de la révision judiciaire du droit administratif plutôt qu'à celles de la justification constitutionnelle. Deux motifs principaux commandent, selon nous, d'appliquer une analyse fondée sur le droit administratif. Premièrement, le recours à la justification constitutionnelle est conçu pour évaluer une norme d'application générale, comme une loi ou un règlement. La grille d'analyse élaborée spécifiquement dans ce contexte ne peut être importée facilement lorsqu'il s'agit d'évaluer la validité d'une décision rendue par un organisme administratif même lorsqu'il s'agit d'une question mettant en cause des droits de la personne. Dans un tel cas, c'est l'analyse du droit administratif qui est la mieux adaptée. Deuxièmement, le choix de l'analyse fondée sur les règles du droit administratif permet d'éviter les difficultés inhérentes à la confusion des règles de la justification constitutionnelle et de celles du droit administratif. Il permet aussi de préserver les outils spécifiques développés dans chacun des domaines²⁷.

Pour justifier encore davantage le « besoin de conserver le caractère distinct de l'approche fondée sur le droit administratif »²⁸, les juges Deschamps et Abella invoquent la question du chevauchement apparent des concepts d'atteinte minimale et d'accommodement raisonnable. Selon l'opinion rédigée par la juge Charron, il existerait un rapprochement

²⁵ *Multani*, *supra* note 7 au para. 16, juge Charron, écrivant pour la juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie et Fish.

²⁶ *Ibid.* au para. 103.

²⁷ *Ibid.* au para. 85.

²⁸ *Ibid.* au para. 129.

« logique » entre les notions d'accommodement et de limites raisonnables dans le cadre de l'analyse de proportionnalité sous l'article premier de la *Charte canadienne*²⁹. Les juges Deschamps et Abella sont plutôt d'avis que, même si ces notions comportent plusieurs similitudes, elles appartiennent néanmoins à deux catégories d'analyse distinctes. Elles comparent ainsi la méthode d'analyse de l'obligation d'accommodement raisonnable et celle de l'atteinte minimale :

La démarche est toutefois différente lorsque la question de l'atteinte minimale est étudiée dans le contexte de l'impact considérable du résultat de la justification constitutionnelle. La justification de l'atteinte repose sur l'intérêt général de la société et non sur les besoins individuels des parties. L'analyse propre au droit administratif est microcosmique alors que celle du droit constitutionnel est généralement macrocosmique. Les valeurs en jeu peuvent différer. Nous estimons qu'il y a avantage à ne pas confondre les deux démarches³⁰.

Plus loin, alors qu'elles comparent le critère de l'atteinte minimale tiré du test de l'arrêt *R. c. Oakes*³¹ et le critère de la contrainte excessive que l'on retrouve dans la logique de l'obligation d'accommodement raisonnable, elles précisent la distinction entre les deux types d'analyse :

De plus, bien que le critère de l'atteinte minimale de l'article premier de la *Charte canadienne* s'apparente à celui de la contrainte excessive des lois sur les droits de la personne, la perspective dans chacun des cas est différente, comme le sont les éléments de preuve susceptibles de soutenir l'une ou l'autre des analyses. Au surplus, l'évaluation de la portée d'une règle de droit requiert parfois la prise en compte de faits sociaux ou des conséquences potentielles de l'application de la règle, alors que la détermination de l'existence de la contrainte excessive requiert la preuve de contraintes réelles dans un cas donné.

Les deux niveaux d'évaluation, public et individuel, devraient demeurer distincts. L'incohérence de la démarche ne peut qu'agir au détriment de l'exercice des droits de la personne. L'accommodement raisonnable et la contrainte excessive appartiennent au domaine du droit administratif et des lois sur les droits de la personne, alors que l'évaluation de l'atteinte minimale fait partie de l'analyse constitutionnelle et comporte des conséquences sociales plus importantes³².

Sur cette base, elles concluent que « [l]es règles de la révision judiciaire en droit administratif ont été conçues pour l'examen des décisions des organismes administratifs. La révision judiciaire en droit administratif

²⁹ *Ibid.* au para. 53.

³⁰ *Ibid.* au para. 132.

³¹ [1986] 1 R.C.S. 103, 26 D.L.R. (4^e) 200 [*Oakes*].

³² *Multani*, *supra* note 7 aux para. 133-34.

est maintenant reconnue comme une branche du droit à part entière. Son intégrité devrait être préservée »³³. Ainsi, faut-il préciser, comme le font d'ailleurs les juges Deschamps et Abella, que la notion d'obligation d'accommodement raisonnable « s'est surtout développée dans le contexte de la mise en œuvre des lois sur les droits de la personne, à l'occasion de litiges privés »³⁴.

Dans la récente décision *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*³⁵, la Cour suprême du Canada a de nouveau précisé les distinctions entre l'obligation d'accommodement raisonnable sans contrainte excessive et le sous-critère de l'atteinte minimale du critère de proportionnalité. Écrivant pour la majorité, la juge en chef McLachlin consacre quelques paragraphes à cette question. Observant que les juridictions inférieures n'ont pas appliqué le test établi dans *Oakes* lorsqu'elles ont abordé la question de l'atteinte minimale, mais qu'elles ont plutôt procédé à une analyse fondée sur la notion d'accommodement raisonnable en s'inspirant de la décision *Multani*³⁶, la juge en chef estime qu'« il faut maintenir la distinction entre l'analyse fondée sur la notion d'accommodement raisonnable pour l'application de la législation sur les droits de la personne et la justification en application de l'article premier d'une mesure législative contraire à la *Charte* »³⁷. Tout en référant au paragraphe 131 de l'opinion des juges Deschamps et Abella dans *Multani*³⁸, la juge en chef McLachlin ajoute l'explication suivante, qu'il convient de citer longuement :

L'atteinte minimale et l'accommodement raisonnable sont distincts sur le plan conceptuel. L'accommodement raisonnable est un concept qui découle de la législation et de la jurisprudence en matière de droits de la personne. Il s'agit d'un processus dynamique par lequel les parties — généralement un employeur et un employé — adaptent les modalités de leur relation aux exigences de la législation sur les droits de la personne, jusqu'au point où il en résulterait une contrainte excessive pour la partie tenue de prendre des mesures d'accommodement. [...]

Il existe une relation très différente entre le législateur et les personnes assujetties à ses mesures législatives. De par leur nature, les mesures législatives d'application générale ne sont pas adaptées aux besoins particuliers de chacun. Le législateur n'a ni le pouvoir ni

³³ *Ibid.* au para. 137.

³⁴ *Ibid.* au para. 130. Voir notamment *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Limited*, [1985] 2 R.C.S. 536, 23 D.L.R. (4^e) 321.

³⁵ 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, 310 D.L.R. (4^e) 193 [*Hutterian*].

³⁶ *Ibid.* au para. 65.

³⁷ *Ibid.* au para. 66.

³⁸ Voir *infra* note 58 et texte correspondant. Il est intéressant de noter que la juge en chef McLachlin avait souscrit, tout comme le juge Binnie, à l'opinion de la juge Charron dans *Multani*.

l'obligation en droit de prendre des décisions aussi personnalisées et, dans bien des cas, il ne connaît pas à l'avance le risque qu'une mesure législative porte atteinte aux droits garantis par la *Charte*. On ne peut s'attendre à ce qu'il adapte les mesures législatives à toute éventualité ou à toute croyance religieuse sincère. Les mesures législatives d'application générale ne visent pas uniquement les plaignants, mais l'ensemble de la population. L'ensemble du contexte social dans lequel s'applique la mesure législative doit être pris en compte dans l'analyse de la justification requise par l'article premier. La constitutionnalité d'une mesure législative au regard de l'article premier de la *Charte* dépend, non pas de la question de savoir si elle répond aux besoins de chacun des plaignants, mais plutôt de celle de savoir si la restriction aux droits garantis par la *Charte* vise un objectif important et si l'effet global de cette restriction est proportionné. Bien qu'il ne fasse aucun doute que l'effet de la mesure législative sur les plaignants constitue un facteur important dont le tribunal doit tenir compte pour décider si la violation est justifiée, le tribunal doit avant tout prendre en considération l'ensemble de la société. Il doit se demander si la contravention à la *Charte* peut se justifier dans une société libre et démocratique, et non s'il est possible d'envisager un aménagement plus avantageux pour un plaignant en particulier.

De même, la « contrainte excessive », notion essentielle de l'accommodement raisonnable, ne s'applique pas facilement à la législature qui adopte les mesures législatives. Dans le contexte des droits de la personne, la contrainte est considérée comme excessive si elle menace la viabilité de l'entreprise tenue de s'adapter au droit. Le degré de contrainte peut souvent se traduire en termes pécuniaires. En revanche, il est difficile d'appliquer la notion de contrainte excessive en ces termes à la réalisation ou à la non-réalisation d'un objectif législatif, surtout quand il s'agit (comme en l'espèce) d'un objectif de prévention. Bien qu'il soit possible de donner à la notion de « contrainte excessive » une interprétation large qui englobe la contrainte découlant de l'incapacité d'atteindre un objectif gouvernemental urgent, une telle interprétation atténuée cette notion. Plutôt que d'essayer d'adapter la notion de « contrainte excessive » au contexte de l'article premier de la *Charte*, il est préférable de parler d'atteinte minimale et de proportionnalité des effets³⁹.

Selon cette explication, la logique de l'accommodement raisonnable se distingue donc de celle du droit constitutionnel et du critère de l'atteinte minimale développé dans le test de l'arrêt *Oakes*. Elle justifie le maintien, d'une part, de la démarche analytique propre à l'obligation d'accommodement raisonnable⁴⁰ et, d'autre part, de la distinction entre le droit

³⁹ *Hutterian, supra* note 35 aux para. 68-70.

⁴⁰ Voir 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 (Qc), Yvon Blais, 2005, 343.

infraconstitutionnel (quasi-constitutionnel ou administratif) et le droit constitutionnel⁴¹. Utiliser la logique de l'article premier de la *Charte canadienne* pour évaluer le caractère raisonnable d'une décision administrative refusant un accommodement raisonnable oblige les juges à faire intervenir des considérations propres à l'obligation d'accommodement raisonnable sans contrainte excessive dans un test qui n'a pas été conçu à cette fin. C'est d'ailleurs ce qu'avait reconnu la Cour suprême du Canada peu de temps après l'arrêt *Oakes* lorsqu'elle s'était prononcée dans l'affaire *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*⁴². Selon le professeur Luc B. Tremblay, « [i]l est raisonnable de soutenir que l'affaire *Edward[s] Books* avait écarté la thèse selon laquelle l'article premier de la Charte imposait à l'État le fardeau d'accommoder raisonnablement les pratiques religieuses de chaque individu en particulier »⁴³.

L'inadéquation du test de l'article premier de la *Charte canadienne* ou de l'article 9.1 de la *Charte québécoise* au contexte de l'accommodement raisonnable était déjà observable dans l'arrêt *Syndicat Northcrest c. Amselem*⁴⁴. Tant dans cet arrêt que dans *Multani*, la Cour suprême du Canada n'a pas emprunté le raisonnement juridique propre à la notion de l'obligation d'accommodement raisonnable sans contrainte excessive, et ce, même si les situations juridiques le permettaient⁴⁵. Dans chaque affaire, la Cour a choisi de traiter la question sur la seule base de la liberté de religion sans analyser le droit à l'égalité.

Notant le changement que cela cause dans la méthode d'analyse, Christian Brunelle a déjà fait remarquer, à propos de l'arrêt *Amselem*, que le test se limite à une balance des inconvénients, où « l'analyse—que l'on peut qualifier d'“unitaire”—semble plutôt porter sur la question de savoir si les droits quasi-constitutionnels que la partie défenderesse oppose à la partie demanderesse sont eux-mêmes l'objet d'une “atteinte minimale” »⁴⁶. Le juge Iacobucci écrit :

⁴¹ Voir 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 Myriam Jézéquel, dir., *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ?*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007, 241 à la p. 273.

⁴² [1986] 2 R.C.S. 713, 35 D.L.R. (4^e) 1.

⁴³ Luc B. Tremblay, « Religion, tolérance et laïcité : le tournant multiculturel de la Cour Suprême » dans Jean-François Gaudreault-DesBiens, dir., *Le droit, la religion et le « raisonnable » : le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Montréal, Thémis, 2009, 213 à la p. 250.

⁴⁴ 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551, 241 D.L.R. (4^e) 1 [*Amselem*].

⁴⁵ Sur *Amselem*, voir Sylvie Gagnon, « Quelques observations critiques sur le droit à une réparation selon la *Charte des droits et libertés de la personne* » dans Barreau du Québec et Tribunal des droits de la personne, *supra* note 40, 261 aux pp. 271-73.

⁴⁶ Brunelle, *supra* note 40 à la p. 353.

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 religion⁴⁷.

Dans *Multani*, tout en faisant remarquer que « la méthode de mise en œuvre de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* [...] continue à poser des difficultés et à soulever de nouvelles interrogations », le juge LeBel précise que « [l]e cadre analytique établi par l'arrêt *R. c. Oakes* [...] pour la mise en œuvre de la *Charte canadienne* n'a pas réglé toutes les questions ni prévenu tous les problèmes »⁴⁸. Le choix du droit applicable semble en partie lié à l'argumentation des parties : « Dans l'état où ce dossier est présenté devant notre Cour, l'affaire apparaît donc comme une question de droit constitutionnel »⁴⁹. Même s'il écrit « Je reconnais volontiers qu'il vaut mieux tenter d'abord de régler les problèmes posés dans de pareilles circonstances au moyen du droit administratif », le juge LeBel tranchera la question soumise à la Cour sur la base du droit constitutionnel, puisque « [s]eule cette analyse permet de déterminer si la violation de la norme constitutionnelle est injustifiée »⁵⁰.

Toutefois, son application de l'article premier de la *Charte canadienne* consistera à réduire le test à celui de l'accommodement raisonnable. C'est dans ce contexte qu'il affirmera d'abord que « 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 »⁵¹. Prônant une méthode simplifiée, le juge LeBel invoquera par la suite le droit administratif comme variable modulant l'application de la méthodologie juridique :

La flexibilité des méthodes d'application de la *Charte canadienne* doit se manifester particulièrement dans l'aménagement des rapports entre le droit administratif et le droit constitutionnel. Lorsqu'il s'agit de contrôler la conformité d'un acte administratif à l'ordre normatif fondamental, le recours aux principes du droit administratif demeure pertinent au départ pour déterminer si la mesure qui a été prise reste à l'intérieur des pouvoirs délégués par voie législative aux administrations scolaires. S'il est autorisé par cette délégation, l'exercice du pouvoir discrétionnaire de prendre des mesures de sécurité pour la protection du public et des élèves doit

⁴⁷ *Amselem*, *supra* note 44 au para. 84.

⁴⁸ *Multani*, *supra* note 7 au para. 140.

⁴⁹ *Ibid.* au para. 144.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.* au para. 150.

alors être mesuré à l'aune des garanties constitutionnelles et des valeurs que comportent celles-ci⁵².

Qu'il faille ainsi modifier substantiellement l'application de l'article premier de la *Charte canadienne* au contact du droit administratif, voilà qui démontre l'écart entre le contrôle constitutionnel et sa possible application dans un contexte relevant du droit administratif. Ce qui modifie substantiellement l'application de cet article, c'est précisément le caractère individualisé du litige, alors que le test de l'arrêt *Oakes* a été conçu pour soupeser des intérêts plus généraux⁵³. Aucune autorisation législative n'étant contestée, cela « rend inutile l'examen des objectifs de l'acte »⁵⁴. C'est ici que survient l'amalgame entre les deux types d'analyse alors que le juge LeBel propose, en guise de seule analyse de la limitation du droit, la conclusion suivante :

La question se réduit à un problème de proportionnalité ou, plus précisément, de restriction minimale du droit garanti, compte tenu du contexte dans lequel survient l'atteinte à ce droit. C'est à cette étape et dans ce contexte que se situe l'examen de l'accommodement raisonnable qui satisferait aux exigences de la norme constitutionnelle. En l'espèce, je dois conclure que la Commission scolaire intimée n'a pas réussi à démontrer que son interdiction était justifiée et respectait la norme constitutionnelle. Je suis donc d'accord avec la conclusion proposée par mes collègues⁵⁵.

B. La théorie du droit

Divers critères, fondés sur autant de cadres théoriques, peuvent servir à évaluer ce choix de recourir soit au droit constitutionnel, soit au droit administratif, pour régler un litige. Par exemple, la question peut être analysée dans la perspective d'une théorie des droits. Étant d'avis que le choix de la majorité des juges dans *Multani* de recourir au droit constitutionnel encourage la dynamique de fondamentalisation des droits religieux, Jean-François Gaudreault-DesBiens écrit :

Certes, il est toujours difficile d'établir une ligne de partage entre ce qui relève de la constitution et ce qui relève des normes infra-constitutionnelles. Mais les choix sont inévitables et, face à une situation où une option paraît mieux à même de permettre l'atteinte des objectifs sous-jacents à un régime de droit, il y a lieu de privilégier cette option à moins que des considérations supérieures exigent que la constitution ne s'applique à l'exclusion de l'autre régime. Or, dans la mesure où cet autre régime ne contredit

⁵² *Ibid.* au para. 152.

⁵³ *Ibid.* au para. 155 : « Dans le cas d'une décision individualisée, prise en vertu d'un pouvoir d'origine législative, on pourrait faire l'économie de certaines étapes de l'analyse ».

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*

nullement la constitution, on voit mal pourquoi il faudrait préférer cette dernière. Il faut donc regretter que l'approche proposée par les juges Deschamps et Abella n'ait pas emporté les suffrages d'une majorité de juges de la Cour suprême. Cette issue est d'autant plus regrettable que la reconnaissance de la dimension constitutionnelle *stricto sensu* d'une revendication est de nature à accélérer la dynamique de fondamentalisation des droits religieux évoquée plus tôt⁵⁶.

L'approche proposée par les juges Deschamps et Abella consiste à rapprocher la norme juridique des acteurs en les amenant à participer à son élaboration et à son application dans le cadre d'une conception réflexive du droit⁵⁷. Une compréhension des conditions épistémologiques du jugement, c'est-à-dire de la capacité de la raison de s'effectuer et de la possibilité pour la visée d'intentionnalité d'une règle de se réaliser dans le monde vécu, oblige à remettre en question la façon dont les juristes ont traditionnellement supposé que l'objectif visé par une norme s'effectue de lui-même en produisant automatiquement les transformations de comportements souhaitées. Le processus de remise en question des cadres interprétatifs spontanément mobilisés nécessite la mise en place de dispositifs institutionnels susceptibles de produire de tels effets. Le mécanisme de l'obligation d'accommodement raisonnable, dans la mesure où il interpelle les acteurs et les incite à participer à la recherche d'une solution de nature à assurer le vivre-ensemble, constitue un tel dispositif de médiation⁵⁸. Les juges Deschamps et Abella réfèrent d'ailleurs à cet élément processuel et réflexif dans un passage qui vaut d'être cité à nouveau :

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 besoins⁵⁹.

L'explication fournie par Gaudreault-DesBiens, lorsqu'il souligne que « les juges Deschamps et Abella se montrent à bon droit conscientes de la différence qualitative existant entre les deux processus de justification

⁵⁶ Gaudreault-DesBiens, *supra* note 41 au para. 55.

⁵⁷ Ce cadre théorique emprunte à la théorie génétique élaborée par Jacques Lenoble. Voir Jacques Lenoble, « Au-delà du juge : des approches herméneutique et pragmatiste à une approche génétique du concept de droit » (2007) 1:2 Eur. J. Legal Stud. 1.

⁵⁸ Voir Stéphane Bernatchez, « Les enjeux juridiques du débat québécois sur les accommodements raisonnables » (2007) 38 R.D.U.S. 233 aux pp. 273-75. Voir aussi Stéphane Bernatchez, « Les accommodements raisonnables et la société québécoise : le droit comme problème d'action collective » dans Vincente Fortier et Sébastien Lebel-Grenier, dir., *Le droit à l'épreuve des changements de paradigmes. Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke, juin 2007*, Paris, monéditeur.com, 2008, 73.

⁵⁹ *Multani*, *supra* note 7 au para. 131.

s'agissant de contribuer à la solution d'un différend dont les enjeux ne sont tout simplement pas les mêmes », s'inscrit dans cette perspective :

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 »)⁶⁰.

Pour cette raison, le choix entre les approches constitutionnelle et administrative (et, ajouterait-on ici, quasi-constitutionnelle) peut être jaugée à l'aune de cette capacité d'associer les parties impliquées à la production normative. En cela, l'approche réflexive, qui conçoit la règle de reconnaissance et l'opération d'application du droit en termes d'action coopérative (ce qui nécessite la mise en place de dispositifs institutionnels), permet d'éclairer la question de savoir lequel du droit constitutionnel ou du droit administratif doit être mobilisé :

La pratique de reconnaissance par laquelle les juges définissent les critères de normativité juridique au sein d'un groupe social ne peut être pensée que comme une forme « d'action coopérative partagée ». Une activité coopérative partagée présuppose une « intention partagée ». Cependant, comme le relève très justement Bratman, une telle intention n'est pas une intention déposée dans les esprits: c'est une attitude qui se traduit par une certaine forme d'organisation de la pratique coopérative. C'est ici que se révèlent les conditions de possibilité de cette forme spécifique d'action. Pour que s'effectue la dimension coopérative qu'appelle cette intention partagée, il faut, souligne M. Bratman, que se mettent en place divers dispositifs institutionnels [notes omises]⁶¹.

Cette intention partagée ne peut se réaliser sans des dispositifs institutionnels de dialogue et de médiation, tels ceux qu'appelle l'obligation d'accommodement raisonnable sans contrainte excessive⁶².

⁶⁰ Gaudreault-DesBiens, *supra* note 41 à la p. 272.

⁶¹ Lenoble, *supra* note 57 aux pp. 22-23. Voir aussi Michael E. Bratman, « Shared Cooperative Activity » (1992) 101 *Phil. Rev.* 327 ; Michael E. Bratman, « Shared Intention » (1993) 104 *Ethics* 97.

⁶² Le défi consiste alors à éviter le piège en vertu duquel il suffirait d'encourager le processus délibératif pour que s'opère la nécessaire remise en question des cadres interprétatifs. Bien qu'importante, cette question dépasse largement l'objectif poursuivi dans le présent texte. Voir Lenoble et Maesschalck, *supra* note 18.

Dans les affaires *Amselem* et *Multani*, l'histoire des faits avait mis en évidence des tentatives de négociation et de construction d'alternatives possibles aux conflits par les parties elles-mêmes. En effet, dans le premier cas, on rapporte que « le Syndicat a proposé de permettre à M. Amselem, ainsi qu'aux autres résidents juifs orthodoxes de l'immeuble—y compris les appelants MM. Fonfeder et Klein—, d'installer une souccah commune dans les jardins du Sanctuaire »⁶³, ce qui, selon l'opinion dissidente du juge Binnie, permettait une évaluation différente du rôle des parties dans la recherche d'une solution au conflit :

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 souccah⁶⁴.

Un effort semblable d'en arriver à un accommodement raisonnable a été observé dans *Multani*, comme il en appert des faits rapportés :

Le 21 décembre 2001, la Commission scolaire [...], par l'entremise de son conseiller juridique, fait parvenir aux parents de Gurbaj Singh une lettre permettant, à titre d'« accommodement raisonnable », à leur fils de porter son kirpan à l'école si certaines conditions visant à le sceller à l'intérieur de ses vêtements sont respectées. Gurbaj Singh et ses parents acceptent cet arrangement⁶⁵.

C'est en effet à la lumière de ces conditions que la Cour apprécie le risque potentiel à la sécurité d'autrui que pose le kirpan⁶⁶. La chose est d'autant plus significative que ce sera finalement cette solution qui prévaudra à la suite de la décision de la Cour.

La logique de l'accommodement raisonnable permet ainsi de résoudre les conflits en donnant la possibilité aux parties de construire la signification et la portée de la norme qui doit les régir, ce qui est davantage susceptible d'assurer le vivre-ensemble.

Conclusion

Pour conclure, il faut répondre à une question que la présente analyse soulève : l'approche proposée ici n'équivaut-elle pas à résoudre le dilemme

⁶³ *Amselem*, *supra* note 44 au para. 13.

⁶⁴ *Ibid.* au para. 207.

⁶⁵ *Multani*, *supra* note 7 au para. 3.

⁶⁶ *Ibid.* au para. 58.

entre le droit constitutionnel et le droit administratif en ayant recours, paradoxalement, à une troisième voie, celle du droit quasi-constitutionnel des droits de la personne et de sa protection contre la discrimination ?

Comme il a été mentionné ci-dessus, il est vrai que le conflit dans *Multani* aurait pu emprunter la logique médiatrice de l'obligation d'accommodement raisonnable sans contrainte excessive puisque les parties avaient elles-mêmes emprunté spontanément cette voie. Cependant, même dans les approches constitutionnelle et administrative adoptées par les juges de la Cour suprême du Canada, chaque camp fait référence à la question de l'accommodement raisonnable en intégrant cette notion dans son raisonnement. Il s'agit donc de voir laquelle des deux approches se rapproche davantage, par son emprunt à la logique juridique de l'accommodement raisonnable, de la philosophie de cette notion juridique.

Pour les juges, plus nombreux, qui suivent l'approche constitutionnelle, cela signifie qu'il faut fondre les critères de la contrainte excessive dans ceux de l'atteinte minimale. Par ailleurs, pour les juges Deschamps et Abella, « [c]e qui doit être examiné, en l'espèce, est donc la validité de la décision de la Commission scolaire au regard de l'offre d'accommodement faite par le père et l'élève et non pas la validité du Code de vie de l'école »⁶⁷. Sur cette base, elles concluent :

En l'occurrence, la Commission scolaire n'a examiné suffisamment ni le droit à la liberté de religion ni l'accommodement proposé par le père et l'élève. Elle s'est contentée d'appliquer aveuglément le Code de vie. En faisant abstraction du droit à la liberté de religion et en faisant valoir la sécurité dans l'école — sans étudier les solutions de rechange qui ne posaient que peu ou pas de risques—, la Commission scolaire a rendu une décision déraisonnable⁶⁸.

Enfin, ce qui est en cause ici est l'idée de préserver la distinction entre les niveaux d'analyse public et individuel. Comme le soulignent les juges Deschamps et Abella,

[l']incohérence de la démarche ne peut qu'agir au détriment de l'exercice des droits de la personne. L'accommodement raisonnable et la contrainte excessive appartiennent au domaine du droit administratif et des lois sur les droits de la personne, alors que l'évaluation de l'atteinte minimale fait partie de l'analyse constitutionnelle et comporte des conséquences sociales plus importantes⁶⁹.

⁶⁷ *Ibid.* au para. 92.

⁶⁸ *Ibid.* au para. 99.

⁶⁹ *Ibid.* au para. 134.

Au surplus, la récente décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire des Huttérites⁷⁰ tend à confirmer que la logique juridique de l'obligation d'accommodement raisonnable ne convient pas à l'analyse constitutionnelle.

Néanmoins, pour les raisons qui ont été invoquées dans ce texte, il est tout de même possible de concevoir que l'approche privilégiée par les juges Deschamps et Abella se rapproche davantage de la dimension réflexive de l'accommodement raisonnable et paraît, pour ce motif, plus appropriée. Suivant la voie du droit administratif, le contrôle judiciaire prend alors la forme d'un contrôle de la procédure de construction d'une norme d'accommodement que les parties avaient la responsabilité d'élaborer. Le juge « aurait à dénoncer l'insuffisance réflexive et à la sanctionner en renvoyant la norme à son auteur à charge pour celui-ci d'organiser une nouvelle procédure perçue comme susceptible de créer les capacités d'une reconstruction réflexive des problèmes et des solutions à identifier de façon coopérative »⁷¹.

C'est précisément cette réflexivité du droit qui doit être célébrée à l'occasion du cinquantième anniversaire de l'arrêt *Roncarelli*. Il sera intéressant de voir comment l'autre grande interrogation que soulève cet arrêt, soit celle des rapports entre la révision judiciaire propre au droit administratif et l'action en responsabilité civile, évoluera dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada qui est saisie en ce moment de litiges portant précisément sur cette question. Sur la base de l'exemple fourni par l'affaire *Multani*, il y a lieu de penser que la Cour pourrait, une fois encore, s'éloigner de la logique du droit administratif, ce qui risque de mener, une fois de plus, à son inféodation, mais cette fois-ci par le droit civil plutôt que par le droit constitutionnel.

⁷⁰ *Hutterian*, *supra* note 35.

⁷¹ Lenoble et Maeschalck, *supra* note 18 à la p. 354.