

POUR UNE ASSOCIATION PROFESSIONNELLE DE DÉFENSE DES DROITS DES MILITAIRES AU CANADA

Pascal Lévesque¹

Le texte plaide pour une reconnaissance du droit des membres des Forces armées canadiennes (FAC) d'adhérer à une association professionnelle à caractère syndical, sans toutefois reconnaître le droit à la négociation collective ni le droit de grève. Actuellement, l'approche canadienne consiste essentiellement à interdire aux militaires de recourir à une aide externe à l'organisation quant à leurs conditions de service. Elle restreint leur capacité de se concerter pour des actions communes. L'approche tire son origine de la relation de service du militaire envers la Couronne et de la nécessité de maintenir la discipline des troupes. La situation canadienne est comparée avec celles d'autres pays alliés. Ceux-ci permettent de telles associations à certaines conditions pour préserver la discipline et l'efficacité de l'organisation. Les articles 19.09 et 19.10 des Ordonnances et règlements royaux applicables aux FAC (ORFC) sont analysés sous l'angle de l'alinéa 2d) de la Charte canadienne des droits et libertés. Sans surprise, ils vont à l'encontre des trois composantes essentielles de la liberté d'association, telles que définies par la jurisprudence et à la lumière des engagements internationaux du Canada. Même si le maintien de la discipline est un objectif réel et urgent, notamment pour la sécurité nationale, le lien rationnel entre les moyens pris et cet objectif est discutable. En comparaison d'autres pays et tenant compte des instruments internationaux, ces restrictions ne constituent pas une atteinte minimale. Le législateur pourrait reconnaître le droit d'adhérer à une association professionnelle à caractère syndical tout en excluant la négociation collective et interdire le recours à la grève pour préserver la sécurité nationale. Priver ainsi des milliers de personnes d'une représentation efficiente et solidarisée est disproportionné. Ces restrictions ne peuvent se justifier dans une société libre et démocratique. Au-delà de la légalité, il y a des raisons légitimes de reconnaître aux militaires un droit de s'associer professionnellement pour assurer la défense de leurs droits et intérêts.

This article makes the case for recognizing the right of Canadian Armed Forces (CAF) members to join a union-type professional association, without granting the right to collective bargaining or the right to strike. As it currently stands, the Canadian government essentially prohibits

¹ LLB (Laval), MA (Laval), LLM (Ottawa), PhD (Queen's), microprogramme de 2^e cycle en pédagogie (Montréal). Membre du Barreau du Québec et ancien avocat militaire.

CAF members from seeking outside assistance to make changes to their service conditions, limiting their ability to engage in collective action. This approach is rooted in the military's role in service of the Crown and the need to maintain discipline. The situation in Canada is compared to that of some of its allies that allow military members to form professional associations, subject to certain conditions to maintain discipline and operational efficiency. Articles 19.09 and 19.10 of the Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (QR&O) are analyzed through the lens of section 2(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms and are unsurprisingly found to be inconsistent with the three key elements of freedom of association established by case law and Canada's international obligations. While maintaining discipline is a pressing and substantial objective, particularly for national security, the rational connection between the objective and the means used to achieve it is questionable. When considered in comparison with other countries and in conjunction with international instruments, these limits on CAF members' rights are not minimally impairing. Parliament could recognize CAF members' right to join a union-type professional association while at the same time prohibiting collective bargaining and striking in order to maintain national security. Denying thousands the opportunity for an efficient, solidarity-driven form of representation is therefore a disproportionate restriction on this right that cannot be justified in a free and democratic society. Beyond the legality of the matter, there are legitimate reasons to recognize CAF members' right to organize with their peers to advocate for their rights and interests.

Table des matières

Introduction	37
1. L'approche canadienne	38
1.1 Les limites à la liberté d'association des militaires	38
1.2 La relation de service entre la Couronne et le militaire	40
1.3 Le maintien de la discipline, de l'efficacité et du moral des FAC	42
2. L'approche de plusieurs pays : permis à divers degrés	42
a) France	43
b) Italie	46
c) Irlande	48
d) Afrique du Sud	52
3. Conformité ou non avec la Charte	57
3.1 La liberté d'association et les droits associatifs aux personnes salariées	57
3.2 Atteinte à la liberté d'association	60

3.3 Limite raisonnable dans une « société libre et démocratique »?	64
a) Les articles 19.09 et 19.10 des ORFC : une règle de droit	65
b) Assurer le maintien de la discipline, de l'efficacité et du moral des troupes : Un objectif réel et urgent	65
c) Proportionnalité entre l'objectif et le moyen	67
i) Le lien rationnel	67
ii) L'« atteinte minimale »	69
iii) La « pondération finale »	71
Conclusion	73

Introduction

Lors de l'étude d'une réforme substantielle du droit militaire canadien², deux parlementaires ont reproché l'approche descendante (*top-down*) de l'élaboration du projet de loi. Le sénateur Boisvenu déplorait que les victimes d'actes criminels n'aient pas été consultées³. Son collègue Dagenais a ajouté :

Ces discussions auraient dû être menées de façon paritaire. Je m'explique.

Comme le sénateur Boisvenu l'a soulevé, c'est comme si les grands patrons avaient tout décidé sans demander aux employés ce qu'ils en pensaient. La discussion et la rédaction du projet de loi ont été faites à sens unique. Le patron a indiqué ceci : « Voici ce que j'ai pensé pour vous, mes employés, et voici ce que vous allez obtenir, mais je ne veux pas savoir ce que vous en pensez. » C'est le projet de loi actuel. Il aurait fallu tenir une discussion paritaire. Je comprends qu'il n'y a pas d'association syndicale dans l'armée, mais il aurait pu y avoir des discussions paritaires, ce qui n'a pas été fait.⁴

Pourquoi n'y a-t-il pas d'association professionnelle qui fait valoir la perspective des militaires, notamment lors de l'élaboration de projets de loi les concernant, et assure la défense de leurs droits et intérêts auprès des instances?

Le présent texte plaide pour la création d'une association professionnelle de défense des droits des militaires. Nous décrivons d'abord l'approche

² PL C-77, *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et apportant des modifications connexes et corrélatives à d'autres lois*, 1^{re} sess, 42^e parl, 2019 (adopté et sanctionné le 21 juin 2019, LC 2019, c 15) [PL C-77].

³ Sénat du Canada, « [Délibérations du Comité sénatorial permanent de la Sécurité nationale et de la défense](#) », Fascicule n° 44—Témoignages du 28 mai 2019 (Pierre-Hugues Boisvenu), en ligne : <<https://tinyurl.com/52n5nfsj>>.

⁴ *Ibid* (Jean-Guy Dagenais).

traditionnelle d'interdiction qu'a le Canada sur ce sujet, une approche fondée essentiellement sur un désir de maintenir la discipline, au point qu'il faille décourager toute possibilité de menacer la hiérarchie militaire et l'ordre constitutionnel établi. Dans la deuxième partie, nous comparerons cette approche à celle adoptée dans d'autres juridictions où le droit des militaires de s'associer professionnellement est reconnu à des degrés variables et à certaines conditions. Enfin au chapitre 3, nous procéderons à une analyse sommaire de la constitutionnalité de l'interdiction aux militaires de créer et de s'adjoindre à une telle association professionnelle, en examinant entre autres si une telle interdiction peut « constituer une limite raisonnable dans une société libre et démocratique ».

1. L'approche canadienne

1.1 Les limites à la liberté d'association des militaires

D'entrée de jeu, il faut préciser que les militaires ont la liberté de s'associer, comme toute autre personne au Canada⁵. La *Loi sur la défense nationale* (*LDN*) le reconnaît. En plus de donner le pouvoir au gouvernement de créer des associations « œuvrant à la défense du Canada » et de les soutenir, la *LDN* lui permet d'appuyer celles qui sont déjà existantes, « que leurs membres soient ou non des officiers ou militaires du rang »⁶. Il y d'ailleurs plusieurs associations regroupant notamment des membres des Forces armées canadiennes (FAC), ayant pour but de promouvoir des intérêts variés de la communauté militaire.

Toutefois, les articles 19.09 et 19.10 des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (ORFC), édictés conformément au pouvoir réglementaire que la *LDN* confère au Ministre de la Défense nationale, prévoient que :

19.09—EMPLOI INTERDIT D'INFLUENCES EXTÉRIEURES	19.09—USE OF OUTSIDE INFLUENCE FORBIDDEN
Aucun officier ou militaire du rang ne doit tenter d'obtenir une attention favorable à l'égard d'une question relative à son service en recourant à une influence extérieure aux Forces canadiennes.	No officer or non-commissioned member shall attempt to obtain favourable consideration on any matter relating to the member's service by the use of influence from sources outside the Canadian Forces.

⁵ *Charte canadienne des droits et libertés*, al 2d), 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].

⁶ *Loi sur la défense nationale*, LRC 1985, c N-5, art 48 [LDN].

19.10—INTERDICTION DES COALITIONS	19.10—COMBINATIONS FORBIDDEN
<p>Aucun officier ou militaire du rang ne doit sans y être autorisé :</p> <ul style="list-style-type: none"> a. se concerter avec d'autres militaires en vue d'obtenir des changements aux règlements existants des Forces canadiennes; b. signer avec d'autres militaires des demandes, pétitions ou requêtes relatives aux Forces canadiennes; c. obtenir ou demander des signatures à des demandes, pétitions ou requêtes relatives aux Forces canadiennes. 	<p>No officer or non-commissioned member shall without authority:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. combine with other members for the purpose of bringing about alterations in existing regulations for the Canadian Forces; b. sign with other members memorials, petitions or applications relating to the Canadian Forces; or c. obtain or solicit signatures for memorials, petitions or applications relating to the Canadian Forces.

Même s'il n'est pas expressément interdit aux militaires de créer ou d'adhérer à une association professionnelle de défense de leurs droits (ou à caractère syndical), la réglementation a concrètement cet effet. Le premier article empêche aux militaires d'aller à l'extérieur de l'organisation à l'égard d'une question relative non pas à son *travail*, mais à son *service*. Nous reviendrons sur cette distinction plus loin. Cela a pour conséquence que le militaire ne peut chercher auprès d'une organisation indépendante, telle une association professionnelle, de l'aide visant à l'amélioration des conditions de son service. Le second article subordonne la concertation et l'action collective des militaires au fait « d'y être autorisé » (sans préciser par qui, ni de quelle manière), alors qu'il est généralement reconnu que l'action des associations professionnelles visant à la défense des droits de leurs membres n'est pas liée au fait que ces derniers soient « autorisés » ou non à ce faire.

Ainsi, les militaires qui ont déposé un grief⁷, soulevé un litige ou font face à des mesures disciplinaires, ne doivent recourir qu'aux processus internes des FAC et aux ressources que celles-ci leur offrent. En matière de grief par exemple, le militaire se verra assigner un autre militaire pour l'aider⁸. Il peut retenir les services d'un avocat civil mais à ses frais⁹. En matière de conflit, ils peuvent contacter le centre local du Service de gestion des conflits et des plaintes (SGCP) dont les agents ont pour mandat de guider les plaignants et de leur présenter plusieurs voies

⁷ *Ibid*, arts 29–29.28; *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes*, vol I, c 7 « [Griefs](https://tinyurl.com/4y5v945e) », en ligne : <<https://tinyurl.com/4y5v945e>> [ORFC].

⁸ ORFC, *supra* note 7, art 7.07; Canada, Ministère de la Défense nationale, *Processus de grief militaire* (Directive et ordonnance administrative de la défense (DOAD)), n° 2017-1, arts 6.2d, 7.1–7.5 [DOAD 2017-1].

⁹ *Ibid*, arts 12.1–12.2.

de résolution¹⁰. Toutefois, outre cette forme d'assistance¹⁰, les militaires ne peuvent compter sur l'aide d'une association professionnelle afin de promouvoir leurs droits et intérêts devant les instances, d'entreprendre des actions de groupe et d'en solidariser les coûts¹¹.

Parmi les autres pays partageant l'approche du Canada ayant pour conséquence d'empêcher le droit d'association professionnelle à caractère syndical des militaires se trouvent les États-Unis¹² et le Royaume-Uni¹³. Jusqu'à il y a quelques années, la France et l'Italie avaient une approche analogue¹⁴.

1.2 La relation de service entre la Couronne et le militaire

Il faut souligner que les militaires ne sont pas des « employés » liés par un « contrat » avec leur « employeur ». Au plan juridique, les militaires sont « [des] officiers et [des] militaires du rang enrôlés pour un *service* », continu et à plein temps ou pas selon qu'ils sont dans la force régulière ou de réserve¹⁵. Pour ce *service*, à durée indéterminée ou déterminée¹⁶, les militaires reçoivent non pas un salaire, mais une solde et des indemnités¹⁷. Autrement dit, les militaires ne sont pas payés à un taux horaire pour chaque heure de travail donnée, mais compensés pour le *service* qu'ils rendent. Ce *service* ne se termine ni par un départ, une démission ni par un congédiement mais par la libération, laquelle est « *le fait de mettre fin au service d'un officier ou militaire du rang, de quelque manière que ce*

¹⁰ *Ibid*, art 3.1c; Canada, Ministère de la Défense nationale, « [Griefs dans les Forces armées canadiennes](https://tinyurl.com/m5hhr3dk) », en ligne : <<https://tinyurl.com/m5hhr3dk>>.

¹¹ Par ailleurs, les victimes présumées d'inconduite sexuelle, de harcèlement ou de discrimination peuvent s'adresser directement auprès de la Commission canadienne des droits de la personne; elles n'ont plus à épuiser toutes les procédures internes de règlement des griefs au préalable. Voir Canada, Ministère de la Défense nationale, communiqué de presse, « [Le ministre Blair annonce les changements apportés aux processus des Forces armées canadiennes en matière de grief et de harcèlement](#) » (15 août 2023), en ligne : <<https://tinyurl.com/ybkm5276>>.

¹² 10 USC § 976 (2011).

¹³ *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992* (R-U), c 52, arts 273–74.

¹⁴ Giuseppe Caforio, « Unionisation of the Military: Representation of the Interests of Military Personnel » dans Giuseppe Caforio et Marina Nuciari, dir, *Handbook of the Sociology of the Military*, Springer International Publishing AG, 2018, 377 à la p 386 [Caforio].

¹⁵ LDN, *supra* note 6, art 15(1), (3).

¹⁶ ORFC, *supra* note 7, arts 6.12(1), 6.22(1).

¹⁷ Canada, Ministère de la Défense nationale, [Directives sur la rémunération et les avantages sociaux](#), chapitres 204 et 205, en ligne : <<https://tinyurl.com/yfs337mz>>.

soit »¹⁸. Pour illustrer concrètement, si un militaire ne se présente pas au travail un beau matin, ce n'est pas à une mesure de son employeur ou une réduction de son chèque de paie qu'il fera face, mais à un manquement sanctionnable par la justice militaire.

Cette terminologie du *service*, bien différente de celle utilisée par le site Internet visant à persuader le public à s'enrôler¹⁹, repose sur un principe jurisprudentiel ayant sa source dans l'Angleterre victorienne de la fin du XIX^e siècle²⁰ et introduite au Canada en 1929²¹. Selon cette approche, c'est de manière unilatérale que le soldat s'engage envers la Couronne. Celle-ci n'assumerait en échange aucune obligation²². Ainsi, un militaire ne peut s'adresser aux tribunaux civils, par exemple afin d'obtenir des dommages-intérêts pour bris de contrat d'emploi. Des spécialistes du droit militaire ont tenté de faire évoluer cette conception en ouvrant un dialogue afin de tenir compte de l'évolution de la jurisprudence canadienne récente en matière d'équité procédurale²³. Pour l'essentiel toutefois, les tribunaux canadiens s'en sont tenus, jusqu'à présent, au principe traditionnel de non-reconnaissance d'une relation contractuelle entre le soldat et la Couronne²⁴.

Donc, au plan juridique, les militaires ne sont pas des « salariés » ni des « travailleurs » ou des « employés ». Bien qu'au service de l'État, les militaires ne sont pas des « fonctionnaires » et ne font pas partie de la « fonction publique » ni du « secteur public »²⁵. Cette catégorisation juridique sert d'argument contre la liberté des militaires de créer une association professionnelle vouée à la défense de leurs droits et intérêts au sein des FAC. Une telle association serait sans objet aux dires de certains, les conditions de service ne pouvant être négociées dans le cadre d'une

¹⁸ LDN, *supra* note 6, art 2 « libération ». Voir généralement le chapitre 15 des ORFC, *supra* note 7.

¹⁹ Canada, Ministère de la Défense nationale, « [La vie dans les Forces—Rémunération et avantages](http://forces.ca/fr/la-vie-militaire/#bt) », en ligne : <forces.ca/fr/la-vie-militaire/#bt>.

²⁰ *Mitchell v The Queen*, [1896] 1 QB 121.

²¹ *Cooke c R*, [1929] Ex CR 20.

²² *Gallant c R*, 1978 CanLII 2084 (FC), 91 DLR (3^d) 695 à la p 696, 1978 CarswellNat 560.

²³ Robert J Stokes, « Sergeant Dunsmuir: The Crown-Soldier Relationship in Canada » (2011) 24 Can J Admin L & Prac 57; Rory Fowler, « The Canadian Forces Grievance Process: How Adequate an Alternative Remedy Is It? » (2014) 27 Can J Admin L & Prac 277.

²⁴ *Canada (Procureur général) c Jost*, 2020 CAF 212 au para 56.

²⁵ *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, LC 2003, c 22, arts 12, 13, 2 « fonctionnaire » et « fonction publique »; *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles*, LC 2005, c 46, art 2 « fonctionnaire » et « secteur public ».

convention entre deux parties. Nous discuterons de cet argument lors de l'analyse de la constitutionnalité des limites qu'imposent les articles 19.09 et 19.10 des ORFC dans la troisième partie de ce texte.

1.3 Le maintien de la discipline, de l'efficacité et du moral des FAC

Les militaires sont assujettis à des règles visant à maintenir leur discipline, leur efficacité et leur moral. Cet objectif, reconnu par la jurisprudence, est codifié dans la *LDN*²⁶. C'est sur cette particularité propre au contexte militaire que l'interdiction prend aussi appui, et ce, de longue date.

Lorsqu'il est élu en 1963, le gouvernement libéral veut réaliser sa promesse de permettre aux fonctionnaires fédéraux de négocier collectivement leurs conditions de travail²⁷. Il met sur pied le Comité préparatoire des négociations collectives dans la fonction publique, prélude à l'adoption d'une nouvelle législation en la matière. Le Comité est d'avis qu'il faut exclure de ce régime les « membres des forces armées et ceux de la Gendarmerie royale du Canada à cause de la nature de leurs fonctions et parce que leur conduite est assujettie à un code de droit et de discipline à caractère militaire ou paramilitaire »²⁸. Comme pour les agents de la GRC, les militaires sont alors « perçus comme étant incapables de respecter les directives d'un syndicat et, en même temps, d'obéir aux ordres d'un supérieur », ce qui les placerait dans un conflit de loyautés. Encore une fois, nous reviendrons sur cet argument dans la troisième partie du texte en se demandant s'il justifie l'ensemble des limites à la liberté d'association des militaires.

2. L'approche de plusieurs pays : permis à divers degrés

Plusieurs pays, notamment européens, permettent à leurs militaires de s'associer dans la défense de leurs droits et intérêts relativement à leurs conditions de service. Quelques-uns comme la Belgique, les Pays-Bas, la Norvège et le Danemark, vont jusqu'à reconnaître le droit des militaires de négocier collectivement leurs conditions²⁹. La Suède octroie même un droit aux militaires de faire la grève, lesquels ne l'ont pas utilisé jusqu'à présent³⁰.

²⁶ *LDN*, *supra* note 6, art 55.

²⁷ Harry W Arthurs, « Collective Bargaining in the Public Service of Canada: Bold Experiment or Act of Folly? » (1969) 67:5 *Mich L Rev* 971 à la p 976.

²⁸ *Delisle c Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 RCS 989 au para 97, citant les pages 28 et 29 du rapport du Comité préparatoire.

²⁹ Caforio, *supra* note 14 à la p 386.

³⁰ EUROMIL (European Organisation of Military Associations and Trade Unions), énoncé de position, « [The Right to Strike in the Armed Forces](#) » (2020) à la p 1,

Dans le cadre du présent texte, l'approche comparative se limitera à quelques exemples, soit la France, l'Italie, l'Irlande et l'Afrique du Sud. On verra que ces pays, de traditions juridiques différentes, ont apporté des solutions variées et à divers degrés quant aux conditions de l'équilibre entre le droit des militaires de s'associer et l'intérêt de l'organisation à maintenir sa cohésion et demeurant sous contrôle du pouvoir politique civil.

a) France

D'abord, deux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) concernant le droit français. Elles soulèvent des enjeux similaires mais à partir de faits différents. La première concerne une organisation, l'Association de Défense des Droits des Militaires ou ADEFDROMIL, qui a pour objet « l'étude et la défense des droits, des intérêts matériels, professionnels et moraux, collectifs ou individuels, des militaires » et intervenant devant toute instance dans la poursuite de ces objectifs³¹. Cette association conteste d'abord devant le Conseil d'État (instance suprême quant aux litiges administratifs en France) la validité de décrets portant sur des avantages conférés à certains militaires mais pas à tous³². Non seulement le Conseil d'État juge que les décrets sont valides au regard du droit européen de la personne³³, mais il détermine que l'ADEFDROMIL, en représentant les militaires en justice, contrevient à l'interdiction générale du droit français³⁴, laquelle se lit à l'époque :

L'exercice du droit de grève est incompatible avec l'état militaire.

L'existence de groupements professionnels militaires à caractère syndical ainsi que l'adhésion des militaires en activité de service à des groupements professionnels sont incompatibles avec les règles de la discipline militaire.

Il appartient au chef, à tous les échelons, de veiller aux intérêts de ses subordonnés et de rendre compte, par la voie hiérarchique, de tout problème de caractère général qui parviendrait à sa connaissance³⁵.

Dans l'autre, il s'agit d'un gendarme ayant adhéré à l'association « Forum gendarmes et citoyens », laquelle a notamment pour but « la défense de la

en ligne : <<https://tinyurl.com/2nxuyzpr>>.

³¹ *ADEFDROMIL c France*, 32191/09, CEDH, 2 octobre 2014 au para 5 [ADEFDROMIL].

³² *Ibid* aux para 13–15.

³³ *Ibid* aux para 16, 18.

³⁴ *Ibid* aux para 17, 19.

³⁵ France, *Code de la défense*, art L4121-4, deuxième alinéa, version en vigueur du 30 mars 2007 au 30 juillet 2015, en ligne : <<https://tinyurl.com/ycxj8z>>.

situation matérielle et morale des gendarmes »³⁶. Jugeant qu'il s'agit là d'un groupement professionnel à caractère syndical, le directeur général de la gendarmerie nationale donne l'ordre au gendarme d'en démissionner³⁷.

Les deux affaires sont portées devant la CEDH. Le débat se concentre sur la liberté de réunion et d'association de la Convention européenne, énoncée à son article 11 :

- 1) Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.
- 2) L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'État³⁸.

Tant pour les décisions du Conseil d'État niant à ADEFDROMIL le droit de représenter les militaires devant les tribunaux que pour l'ordre donné au gendarme de démissionner d'une association ayant cet objet, la CEDH juge qu'il s'agit d'une ingérence dans l'exercice d'un droit fondamental. La Cour doit alors établir si cette ingérence était « prévue par la loi, si elle poursuivait un but légitime et, dans l'affirmative, si elle était nécessaire dans une société démocratique »³⁹. Pour les deux premières parties du test, la CEDH reconnaît rapidement que l'interdiction est prévue par la loi et qu'elle poursuit un but légitime, soit la « préservation de l'ordre et de la discipline nécessaire aux forces armées »⁴⁰. Sur la nécessité de cette interdiction dans une société démocratique, l'appréciation de la Cour est plus longue.

D'abord, elle constate d'emblée que le droit français interdit « purement et simplement l'adhésion des militaires à tout groupement de nature syndicale »⁴¹. Bien que reconnaissant que le gouvernement se soucie

³⁶ *Matelly c France*, 10609/10, CEDH, 2 octobre 2014 au para 8 [*Matelly*].

³⁷ *Ibid* au para 14.

³⁸ Conseil de l'Europe, *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 1950, art 11.

³⁹ *ADEFDROMIL*, *supra* note 31 aux para 48–49; *Matelly*, *supra* note 36 aux para 63–64.

⁴⁰ *ADEFDROMIL*, *supra* note 31 aux para 50–51; *Matelly*, *supra* note 36 aux para 65–67.

⁴¹ *ADEFDROMIL*, *supra* note 31 au para 52; *Matelly*, *supra* note 36 au para 68.

des intérêts des militaires et a mis en place des systèmes pour y veiller, la Cour estime néanmoins que cela ne peut valablement se substituer au « droit de fonder des syndicats et de s’y affilier »⁴².

La Cour est consciente que la spécificité du contexte militaire exige que l’exercice de ce droit soit adapté et limité, ce que permet d’ailleurs l’article 11 de la Convention européenne. Par exemple, on peut valablement interdire aux militaires de faire la grève. Mais ces restrictions ne peuvent toucher aux éléments essentiels du droit de s’organiser, ni exclure une catégorie professionnelle en particulier⁴³. La Cour conclut que l’interdiction étant disproportionnée, elle n’est pas « nécessaire dans une société démocratique » et qu’il y a eu violation de la liberté d’association⁴⁴.

Conséquence de cette décision, l’article L4121-4 du *Code de la défense* a été modifié :

L’exercice du droit de grève est incompatible avec l’état militaire.

L’existence de groupements professionnels militaires à caractère syndical ainsi que, *sauf dans les conditions prévues au troisième alinéa*, l’adhésion de militaires en activité à des groupements professionnels sont incompatibles avec les règles de la discipline militaire.

Les militaires peuvent librement créer une association professionnelle nationale de militaires régie par le chapitre VI du présent titre, y adhérer et y exercer des responsabilités.

Il appartient au chef, à tous les échelons, de veiller aux intérêts de ses subordonnés et de rendre compte, par la voie hiérarchique, de tout problème de caractère général qui parviendrait à sa connaissance⁴⁵. [Italique ajouté]

Le chapitre VI auquel l’article fait référence prévoit notamment la représentation sans distinction de grade⁴⁶, le droit pour ces associations d’agir devant les juridictions compétentes⁴⁷ et la liberté d’expression, à

⁴² *ADEFDROMIL*, *supra* note 31 au para 53–54; *Matelly*, *supra* note 36 aux para 69–70.

⁴³ *ADEFDROMIL*, *supra* note 31 au para 55; *Matelly*, *supra* note 36 au para 71.

⁴⁴ *ADEFDROMIL*, *supra* note 31 au para 60–62; *Matelly*, *supra* note 36 aux para 75–77.

⁴⁵ France, *Code de la défense*, [art L4121-4, version en vigueur au 25 juin 2023](#), en ligne : <<https://tinyurl.com/bdeschzt>>.

⁴⁶ *Ibid*, art L4126-2, al 2.

⁴⁷ *Ibid*, art L4126-3, al 1.

certaines conditions, qu'ont leurs membres pour les questions relevant de la condition militaire⁴⁸.

En outre, afin de préserver la mission première des forces armées et d'éviter la mise en péril de l'ordre constitutionnel par celles-ci, le droit français dispose⁴⁹ que « [l]es statuts ou l'activité d'une association professionnelle nationale de militaires ne peuvent porter atteinte aux valeurs républicaines ou aux principes fondamentaux de l'état militaire⁵⁰ [...] ni aux obligations » qu'ont les militaires quant à l'exercice de leurs droits civils et politiques⁵¹ et à l'obéissance aux ordres des supérieurs⁵². Ainsi, l'exercice du droit de grève est incompatible avec l'état militaire⁵³, lequel « exige en toute circonstance esprit de sacrifice, pouvant aller jusqu'au sacrifice suprême, discipline, disponibilité, loyalisme et neutralité »⁵⁴. Dans cette logique de baliser l'exercice du droit, les associations professionnelles nationales de militaires doivent être indépendantes, « notamment à l'égard du commandement, des partis politiques, des groupements à caractère confessionnel, des organisations syndicales de salariés et des organisations professionnelles d'employeurs, des entreprises, ainsi que des États »⁵⁵.

b) Italie

Ces deux décisions de la CEDH influencent la Cour constitutionnelle italienne dans un cas analogue quelques années plus tard⁵⁶. Une association de défense des droits des militaires (*AS.SO.DI.PRO*) plaide alors que l'interdiction du droit italien empêchant ceux-ci « d'adhérer à des associations professionnelles à caractère syndical [et d']adhérer à d'autres syndicats »⁵⁷ allait à l'encontre des articles 11 (liberté de réunion et d'association) et 14 (interdiction de discrimination) de la Convention européenne et des articles 5 (droit syndical) et 6 (droit de négociation collective) de la *Charte sociale européenne* [*Charte SE*]⁵⁸. L'article 1475 du *Décret législatif n° 66/2010* se lit alors ainsi :

⁴⁸ *Ibid*, art L4126-4, al 1.

⁴⁹ *Ibid*, art L4126-6, al 1.

⁵⁰ *Ibid*, art L4111-1, al 1 et 2.

⁵¹ *Ibid*, arts L4121-1 à L4121-5.

⁵² *Ibid*, art L4122-1.

⁵³ *Ibid*, art L4121-4, al 1.

⁵⁴ *Ibid*, art L4111-1, al 2.

⁵⁵ *Ibid*, art L4126-6, al 2.

⁵⁶ Cour const italienne, jugement [no 120](#), 13 juin 2018 [CCI 120], en ligne : <<https://tinyurl.com/4d5p8m4j>>, [version anglaise].

⁵⁷ Italie, *Décret législatif n° 66/2010*, art 1475 au para 2.

⁵⁸ Conseil de l'Europe, *Charte sociale européenne (révisée)*, 3 mai 1996, STE no 163, arts 5, 6 [*Charte SE*], en ligne : <rm.coe.int/168007cf94>:

Article 5—Droit syndical

1475. Limitation de l'exercice du droit à la liberté d'association et interdiction de la grève.

1. La création d'associations ou de clubs militaires est soumise à l'accord préalable du ministre de la Défense.

2. Les militaires ne peuvent adhérer à des associations professionnelles à caractère syndical ni adhérer à d'autres syndicats.

3. Les militaires ne peuvent adhérer à des associations considérées comme secrètes conformément à la loi et qui sont incompatibles avec les obligations découlant de leur serment.

4. Les militaires ne peuvent exercer le droit de grève.

La Cour refuse de se prononcer quant au droit de négociation collective, l'enjeu allant au-delà de l'objet référé par les tribunaux inférieurs⁵⁹. Quant à la liberté de réunion, d'association et au droit syndical, la Cour en vient à la conclusion que, le droit communautaire européen s'appliquant en droit

En vue de garantir ou de promouvoir la liberté pour les travailleurs et les employeurs de constituer des organisations locales, nationales ou internationales, pour la protection de leurs intérêts économiques et sociaux et d'adhérer à ces organisations, les Parties s'engagent à ce que la législation nationale ne porte pas atteinte, ni ne soit appliquée de manière à porter atteinte à cette liberté. La mesure dans laquelle les garanties prévues au présent article s'appliqueront à la police sera déterminée par la législation ou la réglementation nationale. Le principe de l'application de ces garanties aux membres des forces armées et la mesure dans laquelle elles s'appliqueraient à cette catégorie de personnes sont également déterminés par la législation ou la réglementation nationale. [Soulignement ajouté]

Article 6—Droit de négociation collective

En vue d'assurer l'exercice effectif du droit de négociation collective, les Parties s'engagent:

1. à favoriser la consultation paritaire entre travailleurs et employeurs;
 2. à promouvoir, lorsque cela est nécessaire et utile, l'institution de procédures de négociation volontaire entre les employeurs ou les organisations d'employeurs, d'une part, et les organisations de travailleurs, d'autre part, en vue de régler les conditions d'emploi par des conventions collectives;
 3. à favoriser l'institution et l'utilisation de procédures appropriées de conciliation et d'arbitrage volontaire pour le règlement des conflits du travail;
- et reconnaissent:

4. le droit des travailleurs et des employeurs à des actions collectives en cas de conflits d'intérêt, y compris le droit de grève, sous réserve des obligations qui pourraient résulter des conventions collectives en vigueur.

⁵⁹ CCI 120, *supra* note 56 au para 5.

interne italien par le jeu du paragraphe 117(1) de la Constitution⁶⁰, il faut reconnaître le droit aux militaires de faire partie d'associations syndicales professionnelles⁶¹. Par ailleurs, du même souffle, la Cour ajoute que la portée et l'étendue de ce droit doivent être clarifiées, la législation européenne permettant aux États qu'il soit balisé. Appliquant sa jurisprudence, la Cour en vient ainsi à la conclusion que l'expression dans la disposition « ni adhérer à d'autres syndicats »⁶² est constitutionnellement valide. En outre, la Cour ajoute que la création de telles associations doit respecter le premier paragraphe de l'article 1475 du Décret législatif, lequel n'a pas été contesté, nécessitant l'accord préalable du ministre de la Défense⁶³. La Cour en profite pour préciser que l'obligation pour les forces armées de se conformer à l'esprit démocratique⁶⁴ et au principe de la neutralité de l'État⁶⁵ s'applique à ces associations. La Cour précise qu'il est à cet égard nécessaire d'examiner la structure organisationnelle, les façons d'opérer et les sources de financement de manière transparente⁶⁶. La Cour, notamment, précise que le droit de grève est exclu⁶⁷. En fin de compte, selon la Cour, la disposition devrait se lire : « les militaires peuvent constituer des associations syndicales professionnelles dans les conditions et limites prévues par la loi ; ils ne peuvent adhérer à d'autres associations syndicales »⁶⁸ [Traduction]. Dans la foulée de cette décision, 37 syndicats militaires ont été créés⁶⁹.

c) Irlande

Un autre exemple nous vient de l'Irlande, faisant partie aussi de l'ensemble européen tout en étant de tradition juridique de *common law*. Au cours de la décennie 1980–1990, il y a une mobilisation, provenant notamment des conjointes de militaires, exigeant une réforme pour améliorer les conditions de service de ces derniers, notamment la rémunération, laquelle

⁶⁰ Italie, Senato della Repubblica, [Constitution de la République italienne](#), art 117 [*Const Rép ital*], en ligne : <<https://tinyurl.com/2kkryppe>>:

Le pouvoir législatif est exercé par l'État et par les Régions dans le respect de la Constitution de même que des engagements qui découlent de l'ordre communautaire et des obligations internationales. [Soulignement ajouté]

⁶¹ CCI 120, *supra* note 56 au para 11.

⁶² *Ibid* au para 14.

⁶³ *Ibid* au para 16.

⁶⁴ *Const Rép ital*, *supra* note 60, art 52.

⁶⁵ *Ibid*, arts 97–98.

⁶⁶ CCI 120, *supra* note 56 au para 16.1.

⁶⁷ *Ibid* au para 17.

⁶⁸ *Ibid* au para 19.

⁶⁹ Maurizio Falsone, « Union Freedoms in the Armed Forces: Still a Taboo? » (2022) 51:2 *Indus LJ* 375 à la p 375.

est en deçà de la fonction publique⁷⁰. Cela mène à la création, sans l'accord des autorités, d'une première association réunissant des non-officiers⁷¹. Celle-ci s'inscrit alors dans un mouvement européen notamment fondé sur le principe du « Citoyen en uniforme » voulant que les militaires aient, en principe, les mêmes droits et obligations que tout autre citoyen⁷².

À la suite de négociations, le droit irlandais est modifié pour autoriser les militaires de tout grade à se constituer en associations, aux conditions fixées par règlements du ministre irlandais de la Défense nationale⁷³. À la première association maintenant légitimée s'ajoutent en 1991–1992 une association représentant les officiers⁷⁴ ainsi qu'une autre représentant les militaires de la force de réserve⁷⁵. Tant pour les militaires de la force régulière⁷⁶ que pour les réservistes⁷⁷, ces associations peuvent les représenter en matière de rémunération⁷⁸ et aussi de conditions du service, comme les critères d'enrôlement ou de promotion, l'application des normes de santé et de sécurité au travail et de procédure de griefs⁷⁹. On note que ces associations peuvent traiter de l'étendue de la représentation juridique offerte aux militaires lorsqu'ils font face à des procédures découlant de l'accomplissement de leurs tâches⁸⁰.

Toutefois, c'est seulement dans le cadre d'un régime institutionnalisé de conciliation et d'arbitrage que ces organisations peuvent assurer la

⁷⁰ Jean Callaghan, « Unions in the Irish defence forces: From struggle for representation to mutually beneficial cooperation » dans Richard Bartle et Lindy Heinecken, dir, *Military Unionism In The Post-Cold War Era: A Future Reality?* Londres et New York, Taylor & Francis, 2006, 119 aux pp 122–23 [Callaghan].

⁷¹ [Permanent Defence Forces Other Ranks Representative Association \(PDFORRA\)](https://pdforra.ie/), en ligne : <pdforra.ie/>.

⁷² Callaghan, *supra* note 70, à la p 124.

⁷³ Irlande, *Defence (Amendment) Act, 1990, Number 6 of 1990 [DAA 1990]*, modifiant le *Defence Act, 1954, Number 18 of 1954*.

⁷⁴ [Representative Association of Commissioned Officers \(RACO\)](https://raco.ie/), en ligne : <raco.ie/>.

⁷⁵ [Reserve Defence Forces Representative Association \(RFDRA\)](https://www.rdfra.ie/), en ligne : <www.rdfra.ie/>.

⁷⁶ Irlande, [Defence Force Regulations S6 \(Representative Associations\) \[DFR S6\]](https://euromil.org/wp-content/uploads/2022/01/DFR-S6-Representative-Associations.pdf), en ligne : <euromil.org/wp-content/uploads/2022/01/DFR-S6-Representative-Associations.pdf>.

⁷⁷ Irlande, [Defence Force Regulations S7 \(Representative Association—Reserve Defence Force\) \[DFR S7\]](https://tinyurl.com/2f5dyanw), en ligne : <https://tinyurl.com/2f5dyanw>.

⁷⁸ *DFR S6, supra* note 76, art 7(1) et annexe 3, partie A; *DFR S7, supra* note 77, art 5(1) et annexe 2, partie A.

⁷⁹ *DFR S6, supra* note 76, annexe 3, partie B; *DFR S7, supra* note 77 annexe 2, partie B.

⁸⁰ *DFR S6, supra* note 76, annexe 3, partie B(l); *DFR S7, supra* note 77, annexe 2, partie B(j).

représentation de leurs membres⁸¹. Les associations professionnelles militaires irlandaises souhaitent réformer ce régime, le jugeant inefficent en matière de rémunération. Voulant bénéficier d'un plus grand pouvoir de négociation et soucieuses d'avoir accès aux informations découlant des négociations dans la fonction publique, les associations ont tenté de s'affilier à une organisation-cadre nationale, l'*Irish Congress of Trade Unions* ou *ICTU*. Or, la loi exige l'accord du Ministre de la Défense pour ce faire⁸². Devant le refus des autorités, les associations ont demandé l'aide de l'Organisation européenne des associations militaires (*EUROMIL*)⁸³, laquelle s'est adressée au Comité européen des Droits sociaux (*CEDS*)⁸⁴. L'*EUROMIL* a prétendu que les associations militaires irlandaises ne « jouissent pas pleinement des droits syndicaux »⁸⁵, se voyant privées du droit d'adhérer à une fédération d'organisations, et ce, à l'encontre des articles 5 et 6⁸⁶ de la *Charte SE*.

Dans sa décision sur le bien-fondé de la réclamation, le *CEDS* détermine qu'interdire complètement aux associations militaires de s'affilier à de plus grandes organisations a pour « effet de priver les associations représentatives du moyen le plus efficace de négocier les conditions d'emploi de leurs membres », ce qui enfreint l'article 5 de la *Charte SE*⁸⁷. De plus, le *CEDS* conclut que le régime institutionnalisé de conciliation et d'arbitrage va à l'encontre du paragraphe 2 de l'article 6 de cette même charte puisque « la législation et la pratique ne parviennent pas à garantir aux associations représentatives des forces armées un accès suffisant aux négociations salariales »⁸⁸. Cependant, le *CEDS* conclut que le paragraphe 4 de l'article 6 n'a pas été enfreint :

Le Comité note que la plupart des États membres du Conseil de l'Europe interdisent aux membres des forces armées de faire grève (à l'exception de l'Autriche et de la Suède). Compte tenu de la spécificité des tâches réalisées par les membres des

⁸¹ Irlande, Ministère de la Défense, « [Organisation information—Conciliation and Arbitration Branch](#) » (21 octobre 2019), en ligne : <<https://tinyurl.com/4a983a28>>.

⁸² *DAA 1990*, *supra* note 73, art 2(3) : « An association shall be independent of and shall not, without the consent of the Minister, be associated with or affiliated to any trade union or any other body. » (soulignement ajouté)

⁸³ [European Organisation of Military Associations and Trade Unions \(EUROMIL\)](#), en ligne : <euromil.org/>.

⁸⁴ Conseil de l'Europe, [Comité européen des Droits sociaux](#), en ligne : <<https://tinyurl.com/36vabh9h>>.

⁸⁵ Conseil de l'Europe, Comité européen des Droits sociaux (*CEDS*), [Organisation européenne des associations militaires \(EUROMIL\) c Irlande](#), Réclamation n° 112/2014, 12 septembre 2017 au para 2, en ligne : <<https://tinyurl.com/8uv2nmt>> [*EUROMIL*].

⁸⁶ *Charte SE*, *supra* note 58.

⁸⁷ *EUROMIL*, *supra* note 85 aux para 56–57.

⁸⁸ *Ibid* au para 97.

forces armées, leur situation particulière qui les oblige à respecter la discipline militaire et le fait que toute action collective pourrait perturber des interventions au point de compromettre la sécurité nationale, le Comité considère donc que cela justifie l'imposition d'une interdiction absolue du droit de grève, telle qu'énoncée à l'article 8 de la loi de 1990 sur les relations professionnelles. Cette disposition légale est proportionnée au but légitime poursuivi et, par conséquent, peut apparaître nécessaire dans une société démocratique⁸⁹.

Cette décision de 2018 n'est pas directement exécutoire en droit interne irlandais⁹⁰. Toutefois, les mécanismes de contrôle de la *Charte SE* ont amené le gouvernement de l'Irlande à s'engager à « mettre la situation en conformité avec la Charte »⁹¹. Le Ministère de la Défense a notamment indiqué qu'il allait, dans le cadre d'une révision du régime institutionnalisé de conciliation et d'arbitrage, discuter avec les associations militaires et l'*ICTU* pour envisager leur affiliation dans l'évolution du cadre de négociations du secteur public au sens large⁹². Cependant, en 2020, devant ce qu'elle percevait comme un manque de progrès de ces discussions, l'association des militaires des non-officiers s'adresse à la Haute Cour d'Irlande pour contraindre le gouvernement irlandais à lui reconnaître le droit de s'affilier à l'*ICTU* dans la nouvelle ronde de négociations du secteur public⁹³. En avril 2022, l'association militaire représentant les officiers, habituellement favorable au régime institutionnalisé de conciliation et d'arbitrage, se joint au mouvement demandant l'affiliation⁹⁴. Finalement, en mai, la Haute Cour d'Irlande annonce que le gouvernement et les associations militaires en sont venus à une entente. Ces dernières pourront temporairement être affiliées à l'*ICTU* dans la ronde de négociations de rémunération du secteur public. En contrepartie, les associations s'engagent notamment à ne pas

⁸⁹ *Ibid* au para 117.

⁹⁰ Conseil de l'Europe, [« La Charte en quatre étapes—Mécanismes de contrôle »](#), en ligne : <<https://tinyurl.com/4dh2yehb>>:

Dans la mesure où elles se réfèrent à des dispositions juridiquement contraignantes et sont adoptées par un organe de contrôle établi par un traité contraignant et les protocoles y afférents, les décisions et les conclusions du Comité européen des droits sociaux doivent être respectées par les États concernés, même si elles ne sont pas directement exécutoires dans leur ordre juridique interne. Elles disent le droit et peuvent servir de base à un renforcement des droits sociaux par le biais de la législation et de la jurisprudence au niveau national.

⁹¹ Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, Résolution CM/ResChS(2018)2, [« Organisation européenne des associations militaires \(EUROMIL\) c Irlande. Réclamation n° 112/2014 »](#) (10 avril 2018) à la p 4 au para 1, en ligne : <rm.coe.int/09000016807b7ba3>.

⁹² *Ibid*, annexe, aux para 3, 4, 13.

⁹³ Sean O'Riordan, [« Defence forces group PDFORRA lodges High Court case to allow ICTU link »](#), *Irish Examiner* (30 juin 2020), en ligne : <<https://tinyurl.com/34hxswrc>>.

⁹⁴ Sean O'Riordan, [« Military officers seek union affiliation for pay talks »](#), *Irish Examiner* (20 avril 2022), en ligne : <<https://tinyurl.com/2cfhx3rh>>.

faire la grève ni participer à des manifestations publiques s'opposant à la politique du gouvernement⁹⁵.

d) Afrique du Sud

Dernier exemple, celui de l'Afrique du Sud qui partage avec le Canada une origine commune quant à son droit public, y compris son droit militaire. En 1996, la nouvelle constitution sud-africaine—laquelle inclut une charte des droits inspirée de celle du Canada⁹⁶—reconnait le droit à tout « travailleur » (*worker*) de former ou d'adhérer à un syndicat, de participer à ses activités et à ses programmes et de faire la grève⁹⁷. Le droit de négocier leur convention collective est aussi reconnu aux travailleurs⁹⁸. Or, à l'époque, le droit sud-africain en matière de défense interdit ces droits aux militaires, dont il érige le non-respect en infractions⁹⁹. Il prohibe entre autres aux militaires de manifester (*any act of public protest*).

Dans *South African National Defence Union v Minister of Defence*, la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud doit confirmer ou infirmer une déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par un juge de première instance quant à ces interdictions, en réponse à une requête portée par une association de défense des droits des militaires¹⁰⁰. Dans son analyse, la juge Kate O'Regan¹⁰¹ précise d'abord que l'interdiction d'appartenir à un syndicat ne s'applique qu'aux membres de la force permanente (ou de la force régulière, dans un contexte canadien) alors que l'interdiction de manifester et de faire la grève s'applique à tout militaire¹⁰².

Ensuite, se fondant en particulier sur la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, elle juge que l'interdiction de participer à « tout acte

⁹⁵ High Court Reporters, [« High Court settlement paves way for soldiers to join national pay talks », breakingnews.ie](https://breakingnews.ie) (24 mai 2022), en ligne : <<https://tinyurl.com/muefvk9t>>.

⁹⁶ Xavier Philippe (trad), [« Entretien avec la Cour constitutionnelle sud-africaine »](https://www.courcc.ca) (2001) Cahiers du Conseil constitutionnel 9, en ligne : <<https://tinyurl.com/2uuzme45>>; Moses Retselisitsoe Phooko, [« Evaluating Canadian and South African Collaborative Human Rights Initiatives: A Preliminary Analysis and Research Agenda »](https://www.humanrights.org) (2017) 4:1 *Transnat'l Hum Rts Rev* 220 à la p 224, en ligne : <doi.org/10.60082/2563-4631.1074>.

⁹⁷ [Constitution of the Republic of South Africa](https://www.constituteproject.org), 1996, n° 108 de 1996, art 23(2), en ligne : <<https://tinyurl.com/bkc3vxdm>> [*Const sud-afr*].

⁹⁸ *Ibid*, art 23(5).

⁹⁹ *Defence Act*, n° 44 de 1957, art 126B (Afr du Sud).

¹⁰⁰ [South African National Defence Union v Minister of Defence](https://www.courcc.ca) (CCT/27/98), [1999] ZACC 7 (SAFLII) au para 1, en ligne : <<https://tinyurl.com/benewecu>> [SANDU].

¹⁰¹ Constitutional Court of South Africa, [« Justice Kate O'Regan »](https://www.courcc.ca), en ligne : <<https://tinyurl.com/3t7kezst>>.

¹⁰² SANDU, *supra* note 100 au para 3.

de protestation publique » [traduction libre] est trop vague et imprécise pour constituer une infraction opposable aux militaires¹⁰³. Pour la juge, cette interdiction enfreint leur droit à la liberté d'expression, valeur cardinale en démocratie, intimement lié à la protection d'autres droits, telle la liberté d'association et de réunion pacifique¹⁰⁴. La juge s'est alors demandée si cette limite au droit était « raisonnable et justifiable dans une société ouverte et démocratique fondée sur la dignité humaine, l'égalité et la liberté »¹⁰⁵ [traduction libre]. Bien qu'aucune preuve ne soit devant elle pour justifier la limite au droit, la juge reconnaît qu'il faut restreindre la liberté d'expression des militaires pour assurer leur neutralité politique¹⁰⁶. Mais elle ajoute du même souffle que l'interdiction est beaucoup trop large dans la poursuite de cet objectif, couvrant des situations relevant de la vie privée des militaires en tant que citoyens¹⁰⁷.

Sur l'interdiction de faire partie d'un syndicat, la juge O'Regan écrit qu'en partant du principe que les militaires sont des « travailleurs », l'interdiction enfreint leurs droits reconnus dans la constitution¹⁰⁸. Or, la partie gouvernementale plaide que les militaires ne sont pas des « travailleurs ». La juge O'Regan reconnaît que les militaires de la force régulière ne se trouvent pas dans un contrat de travail, au sens classique du terme, mais s'entraînent, ce qui entraîne des conséquences juridiques, notamment l'assujettissement à un code de discipline militaire¹⁰⁹. Par ailleurs, les militaires accomplissent des tâches pour lesquelles ils reçoivent une variété d'avantages. Ce qui fait dire à la juge que la relation entre les militaires et les forces sud-africaines est similaire à la relation employeur-employé, bien que la sanction de l'inconduite y soit différente¹¹⁰.

¹⁰³ *Ibid* au para 6.

¹⁰⁴ *Ibid* aux para 7–8.

¹⁰⁵ *Ibid* aux para 9–10. L'art 36(1) de la *Const sud-afr, supra* note 97, se lit ainsi :

1. The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors, including :

- a. the nature of the right;
- b. the importance of the purpose of the limitation;
- c. the nature and extent of the limitation;
- d. the relation between the limitation and its purpose; and
- e. less restrictive means to achieve the purpose.

¹⁰⁶ *SANDU, supra* note 100 au para 11.

¹⁰⁷ *Ibid* aux para 12–13.

¹⁰⁸ *Ibid* au para 19.

¹⁰⁹ *Ibid* aux para 22–23.

¹¹⁰ *Ibid* au para 24.

Comme la Constitution sud-africaine impose d'interpréter les droits et libertés qu'elle confère à la lumière du droit international¹¹¹, la juge O'Regan se réfère aux conventions de l'Organisation internationale du Travail (OIT) pour déterminer le sens et la portée du mot « travailleur »¹¹². Or, la *Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical* reconnaît tant aux travailleurs qu'aux employeurs le droit de constituer des organisations de leur choix, sans autorisation préalable¹¹³. Cette convention reconnaît aussi que « [l]a mesure dans laquelle les garanties prévues par la présente convention s'appliqueront aux forces armées et à la police sera déterminée par la législation nationale »¹¹⁴. La même approche a été adoptée dans la *Convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective*¹¹⁵. Il est donc clair pour la juge que l'OIT considère que les militaires sont des travailleurs aux fins de ces conventions, tout en reconnaissant leur statut particulier au point de laisser aux États de déterminer dans quelle mesure ces droits s'appliquent à leur forces armées¹¹⁶. Il s'ensuit donc que le mot « travailleur » de la Constitution sud-africaine inclut les militaires.

Par ailleurs, le statut particulier des forces armées peut justifier de limiter l'application de ces droits dans la mesure où cela est raisonnable et justifiable dans une société ouverte et démocratique¹¹⁷. La juge O'Regan croit qu'il s'agit ici d'un cas où l'interprétation des droits doit être généreuse. Bien que les militaires ne soient pas des « employés » au sens contractuel du terme, il n'en demeure pas moins que les conditions de leur service ressemblent à bien des égards à ceux des employés. Citant un passage de la juge L'Heureux-Dubé, dissidente dans *R c Généreux*¹¹⁸, la juge O'Regan est par ailleurs bien consciente de l'importance de la discipline et de l'obéissance au sein des forces armées¹¹⁹. Néanmoins, ces exigences ne sont pas nécessairement minées, à son avis, si les militaires

¹¹¹ *Const sud-afr*, *supra* note 97, art 39(1).

¹¹² *SANDU*, *supra* note 100 au para 25.

¹¹³ [Convention \(n° 87\) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical](https://tinyurl.com/46xz6bpc), 9 juillet 1948, OIT, art 2, en ligne : <<https://tinyurl.com/46xz6bpc>> [*Convention n° 87*].

¹¹⁴ *Ibid*, art 9(1).

¹¹⁵ *Convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective*, 1^{er} juillet 1949, OIT, art 5 (1).

¹¹⁶ *SANDU*, *supra* note 100 au para 26.

¹¹⁷ *Ibid* au para 27.

¹¹⁸ *R c Généreux*, [1992] 1 RCS 259, à la p 326 [*Généreux*]:

[L]es Forces armées exigent par-dessus tout la discipline la plus stricte pour fonctionner de manière efficace. [...] De toute évidence, sans le type d'obéissance rigoureuse à une hiérarchie rigide que les Forces armées exigent de leurs membres, notre défense nationale et nos objectifs de maintien de la paix internationale seraient impossibles à atteindre.

¹¹⁹ *SANDU*, *supra* note 100 au para 28.

sont considérés comme de « travailleurs » aux fins de la constitution. Tout dépend si les limites aux droits que ce statut confère sont justifiées¹²⁰.

Sur ce point, la juge procède à l'analyse à la lumière d'expériences d'autres États démocratiques. Elle en vient à la conclusion qu'il existe une variété d'approches à la question qui vont de l'interdiction à l'autorisation à divers degrés des droits syndicaux pour les militaires. Ce qui démontre à son avis que permettre aux militaires de se syndicaliser ne va pas nécessairement miner la discipline et l'efficacité des forces armées. Au contraire, cela peut même renforcer la discipline, fournissant aux militaires des voies appropriées par lesquelles soumettre leurs griefs et leurs plaintes¹²¹. Ainsi, l'interdiction complète du droit sud-africain ne peut se justifier dans une société ouverte et démocratique¹²².

Son collègue le juge Albie Sachs¹²³ abonde dans le même sens, en faisant deux précisions. D'abord, sur la liberté d'expression des militaires dans une démocratie constitutionnelle, il a ce commentaire :

Un soldat obéissant aveuglément représente une plus grande menace pour l'ordre constitutionnel et la paix du pays que celui qui se considère comme un citoyen en uniforme, sensible à ses responsabilités et à ses droits en vertu de la Constitution¹²⁴. [Traduction libre]

Ensuite, le juge Sachs est d'avis que la qualification des militaires en tant que « travailleurs » n'est pas nécessaire pour leur reconnaître le droit à la syndicalisation. À son avis, comme la Constitution sud-africaine reconnaît à « chacun » la liberté d'association¹²⁵ et le droit à des pratiques équitables en emploi¹²⁶, il est clair que les militaires peuvent créer une association pour veiller à leurs intérêts en cette matière¹²⁷. Peu importe l'importance que l'esprit de corps revêt pour les forces armées, cela ne supprime pas la nécessité pour les militaires de pouvoir s'exprimer de leur propre voix quant aux conditions de leur service¹²⁸.

La Cour ayant donné 3 mois au gouvernement sud-africain pour réagir, ce dernier modifie la réglementation applicable aux militaires

¹²⁰ *Ibid* au para 29.

¹²¹ *Ibid* aux para 34–35.

¹²² *Ibid* au para 36.

¹²³ Constitutional Court of South Africa, « [Justice Albie Sachs](https://tinyurl.com/mv3ysxh9) », en ligne : <<https://tinyurl.com/mv3ysxh9>>.

¹²⁴ *SANDU*, *supra* note 100 au para 47.

¹²⁵ *Const sud-afr*, *supra* note 97, art 18.

¹²⁶ *Ibid*, art 23(1).

¹²⁷ *SANDU*, *supra* note 100 au para 48.

¹²⁸ *Ibid*.

leur permettant, à certaines conditions, de se constituer en associations professionnelles. Un Conseil militaire de négociation ainsi qu'un Comité d'arbitrage militaire sont créés. Une procédure est établie pour saisir la cour supérieure en cas de litiges¹²⁹. Toutefois, la décision *SANDU* a été suivie d'un litige quant à savoir si une obligation de négocier avec ces associations pouvait être imposée par les tribunaux aux forces sud-africaines¹³⁰. Sans entrer dans les détails, cette saga judiciaire se termine en 2007 par la décision *South African National Defence Union v Minister of Defence and Others* où la juge O'Regan, pour l'ensemble de la Cour, détermine qu'il y a un devoir imposé aux forces sud-africaines de négocier quant aux conditions générales du service, leur retirant ainsi le pouvoir de les modifier unilatéralement¹³¹. Les droits des militaires de présenter une pétition ou de piqueter à titre de citoyens, tant que le bon ordre et la discipline soient maintenus, sont confirmés¹³².

Les opinions demeurent toutefois tranchées. Celui qui allait devenir plus tard le chef des services juridiques des forces sud-africaines, le major-général Eric Mnisi, plaide en 2017 que la syndicalisation et les droits de négociation collective et de grève minent l'esprit de corps au point de constituer un risque à la sécurité nationale du pays¹³³. Il recommande de demander à la Cour constitutionnelle de reconsidérer sa jurisprudence¹³⁴. À défaut, il plaide pour un amendement constitutionnel qui revient, en essence, aux interdictions traditionnelles¹³⁵. Par ailleurs, il recommande que les militaires puissent être constitués en associations professionnelles indépendantes et apolitiques qui peuvent aviser le gouvernement afin de protéger leurs intérêts socio-économiques, mais sans pouvoir exercer des moyens de pression comme le ferait un syndicat¹³⁶.

La professeure Lindy Heinecken, directrice du Département de sociologie et d'anthropologie sociale de l'Université de Stellenbosch, lui

¹²⁹ Lindy Heinecken et Michelle Nel, « Military Unions and the Right to Collective Bargaining: Insights from the South African Experience » (2007) 23:3 Intl J Comp Lab L & Ind Rel 462 à la p 472 [Heinecken et Nel].

¹³⁰ *Ibid* aux pp 473–77.

¹³¹ *South African National Defence Union v Minister of Defence and Others* (CCT65/06), [2007] ZACC 10 (SAFLII) aux pp 39, 42; Heinecken et Nel, *supra* note 129 aux pp 478–79.

¹³² *Ibid* à la p 479.

¹³³ Eric Z Mnisi, « National security and the constitutional right to join military trade unions: is constitutional amendment an imperative? » (2017) 45:2 *Scientia Militaria, South African Journal of Military Studies* 129 aux pp 132–33.

¹³⁴ *Ibid* à la p 136.

¹³⁵ *Ibid* à la p 137.

¹³⁶ *Ibid* aux pp 138–39.

donne aussitôt la réplique¹³⁷. Elle souligne d'emblée que cette invocation du péril à la sécurité nationale n'est ni nouvelle, ni limitée à l'Afrique du Sud, donnant l'exemple de débats ayant cours aux États-Unis et au Royaume-Uni dans les années 70. Au contraire, les pays européens où les militaires peuvent s'associer professionnellement ou se syndicaliser font état d'avantages¹³⁸. Selon la professeure Heinecken, ce qui poserait le plus grand danger pour l'État n'est pas une action syndicale militaire mais une alliance entre les autorités des forces armées et les associations de militaires pour faire pression sur le gouvernement¹³⁹. Ce qui explique pourquoi la plupart des pays qui permettent aux militaires de s'associer professionnellement, balisent l'exercice de ce droit et l'assortissent de conditions, favorisant la coopération¹⁴⁰. Pour l'autrice, les associations professionnelles militaires ne minent pas la discipline au point de susciter les mutineries. Il n'y a pas de preuve à cet effet, selon elle¹⁴¹. Au contraire, ces associations jouent un rôle de surveillance et même de « valve de sécurité » pour donner une voix aux militaires face à la politisation, la corruption et l'autoritarisme au sein des forces armées¹⁴².

3. Conformité ou non avec la Charte

3.1 La liberté d'association et les droits associatifs aux personnes salariées

Faisons un exercice analogue à ces cas. Regardons les articles 19.09 et 19.10 des ORFC sous l'angle de la liberté d'association consacrée à l'alinéa 2d) de la *Charte*, lequel prévoit¹⁴³:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :	2. Everyone has the following fundamental freedoms:
d. liberté d'association.	d. freedom of association.

D'entrée de jeu, l'emploi des mots « [c]hacun » et « everyone » montre que cette liberté s'applique à tous sans distinction. Le législateur aurait pu choisir de prévoir une modalité particulière en référant à la réalité des militaires dans le libellé. Il l'a d'ailleurs fait quant au droit à un procès avec

¹³⁷ Lindy Heinecken, « Military trade unions: A threat to national security ... Really? » (2017) 45:2 *Scientia Militaria*, *South African Journal of Military Studies* 140.

¹³⁸ *Ibid* à la p 141.

¹³⁹ *Ibid* à la p 142.

¹⁴⁰ *Ibid* à la p 143.

¹⁴¹ *Ibid* aux pp 144–45.

¹⁴² *Ibid* à la p 147.

¹⁴³ *Charte*, *supra* note 5, al 2d).

jury¹⁴⁴. Or ici, il a choisi de ne pas le faire. C'est donc dire que le statut de militaire n'affecte pas d'emblée la portée de la disposition de la Charte.

Selon la Cour suprême du Canada, cette liberté a trois composantes : 1) le droit de se joindre à d'autres pour poursuivre des objectifs communs licites et pour constituer et maintenir des organisations et des associations; 2) la liberté d'exercer collectivement les activités dont la Constitution garantit l'exercice individuel, et 3) la liberté d'accomplir avec d'autres toute action qu'un individu peut licitement accomplir seul¹⁴⁵. Dans le cas des personnes salariées, la Cour a établi qu'elles doivent avoir accès à un véritable système de négociation collective, incluant le droit de grève¹⁴⁶.

Cette liberté favorise « l'action collective de personnes en vue de réaliser des objectifs communs »¹⁴⁷. Dans *Association de la police montée de l'Ontario c Canada (Procureur général)* [APMO], la Cour a expliqué qu'il s'agit « de protéger les individus contre des entités plus puissantes »¹⁴⁸. En outre, la Cour a rappelé que l'ancien juge en chef Dickson—un vétéran de la Seconde Guerre mondiale, en passant—a dit que la liberté d'association vise à « reconnaître la nature sociale profonde des entreprises humaines et [à] protéger l'individu contre tout isolement imposé par l'État dans la poursuite de ses fins »¹⁴⁹. Dans un contexte militaire, on peut ajouter que la liberté de s'associer avec ses frères et sœurs d'arme vise à faire face aux exigences de la vie militaire et en solidariser les sacrifices qui peuvent en découler, même après que cette carrière soit terminée.

La Cour a énoncé que la protection du droit de grève en tant qu'élément d'un processus véritable de négociation collective découle également des obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne¹⁵⁰. Or, on doit souligner que ces instruments internationaux auxquels le Canada est lié tiennent compte de la réalité militaire en cette matière. La *Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical* de 1948, énonce :

¹⁴⁴ *Ibid*, art 11f).

¹⁴⁵ *Dunmore c Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94 au para 14, le juge Bastarache reprenant les propos du juge McIntyre dans *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb)*, [1987] 1 RCS 313 au para 174.

¹⁴⁶ *Saskatchewan Federation of Labour c Saskatchewan*, 2015 CSC 4 au para 75 [Saskatchewan Federation].

¹⁴⁷ *Lavigne c Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 RCS 211 à la p 253.

¹⁴⁸ *Association de la police montée de l'Ontario c Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1 au para 58 [APMO].

¹⁴⁹ *Ibid* au para 54.

¹⁵⁰ *Ibid* aux para 62–65.

Article 2

Les travailleurs et les employeurs, sans distinction d'aucune sorte, ont le droit, sans autorisation préalable, de constituer des organisations de leur choix, ainsi que celui de s'affilier à ces organisations, à la seule condition de se conformer aux statuts de ces dernières.

[...]

Article 9

1. La mesure dans laquelle les garanties prévues par la présente convention s'appliqueront aux forces armées et à la police sera déterminée par la législation nationale¹⁵¹. [Soulignement ajouté]

Pour sa part, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (Pacte DCP) de 1966 déclare :

Article 22

1. Toute personne a le droit de s'associer librement avec d'autres, y compris le droit de constituer des syndicats et d'y adhérer pour la protection de ses intérêts.

2. L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publique, de l'ordre public, ou pour protéger la santé ou la moralité publiques ou les droits et les libertés d'autrui. Le présent article n'empêche pas de soumettre à des restrictions légales l'exercice de ce droit par les membres des forces armées et de la police¹⁵². [Soulignement ajouté]

Enfin, le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (Pacte DESC) également de 1966 stipule :

Article 8

1. Les États parties au présent Pacte s'engagent à assurer:

a) Le droit qu'a toute personne de former avec d'autres des syndicats et de s'affilier au syndicat de son choix, sous la seule réserve des règles fixées par l'organisation intéressée, en vue de favoriser et de protéger ses intérêts économiques et sociaux. L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par

¹⁵¹ *Convention n° 87, supra* note 113, art 9(1).

¹⁵² *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, 999 RTNU 171, art 22 [*Pacte DCP*].

la loi et qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale ou de l'ordre public, ou pour protéger les droits et les libertés d'autrui.

b) Le droit qu'ont les syndicats de former des fédérations ou des confédérations nationales et le droit qu'ont celles-ci de former des organisations syndicales internationales ou de s'y affilier.

c) Le droit qu'ont les syndicats d'exercer librement leur activité, sans limitations autres que celles qui sont prévues par la loi et qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale ou de l'ordre public, ou pour protéger les droits et les libertés d'autrui.

d) Le droit de grève, exercé conformément aux lois de chaque pays.

2. Le présent article n'empêche pas de soumettre à des restrictions légales l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de la fonction publique¹⁵³. [Soulignement ajouté]

Notons le choix de mots ainsi que l'évolution des expressions. La *Convention*, le plus ancien des textes, parle de « travailleurs [...] sans distinction d'aucune sorte » tout en laissant à chaque État la faculté de déterminer dans sa législation nationale dans quelle mesure elle s'applique aux militaires. Les deux *Pactes* étendent la portée de la liberté de s'associer pour former un syndicat à plus de gens. C'est la « personne » et non le « travailleur » qui bénéficie du droit. À l'inverse, les *Pactes* laissent moins de marge de manœuvre aux États que la *Convention* lorsqu'on traite du droit des membres des forces armées d'adhérer à un syndicat. On parle alors de « restrictions légales » et non « d'interdictions », ce qui évoque un droit à adhérer à un syndicat dont l'exercice est balisé pour les militaires mais non nié.

3.2 Atteinte à la liberté d'association

Au plan de la rédaction, les libellés des articles 19.09 et 19.10 des ORFC vont à l'encontre des composantes de la liberté d'association selon l'interprétation jurisprudentielle et des obligations internationales du Canada. Plus précisément, l'expression « aucun [...] ne doit tenter d'obtenir [...] une influence extérieure » de l'article 19.09 est en opposition avec le « droit de se joindre à d'autres pour poursuivre des objectifs communs licites » et « la liberté d'accomplir avec d'autres toute action qu'un individu peut licitement accomplir seul ». Les deux composantes n'imposent pas que ces

¹⁵³ *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 RTNU 3, art 8(1), (2) [*Pacte DESC*].

« autres » fassent partie de la même organisation. De la même manière, les alinéas 19.10 a. et b. qui interdisent à tout militaire « de se concerter avec d'autres militaires » ou de « signer avec d'autres militaires », sont aussi en opposition aux deux composantes, lesquelles n'excluent pas de pouvoir s'associer avec des personnes appartenant à la même organisation. L'interdiction de l'alinéa 19.10 c. à tout militaire « d'obtenir ou demander des signatures à des demandes, pétitions ou requêtes » est notamment en contradiction avec la « liberté d'exercer collectivement les activités dont la Constitution garantit l'exercice individuel ». Quant à l'exigence imposée à tout militaire « d'être autorisé » du paragraphe introductif de l'ORFC 19.10, elle est contraire même au concept de « liberté » qui, dans son sens usuel, est la « [p]ossibilité d'agir selon ses propres choix, sans avoir à en référer à une autorité quelconque » ou « [s]ituation de quelqu'un qui se détermine en dehors de toute pression extérieure ou de tout préjugé »¹⁵⁴.

Dans la décision *APMO*, l'atteinte à la liberté d'association est l'interdiction pour les agents de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) de se syndiquer et de négocier collectivement. Un peu comme pour les militaires irlandais, les membres de la GRC sont alors assujettis à un régime non syndical de relations de travail institutionnalisés, tant pour leurs conditions de travail que pour leur rémunération et leurs avantages sociaux¹⁵⁵. En outre, ce régime prévoit un fonds d'assistance juridique pour les conseiller quant aux questions relatives à leur emploi¹⁵⁶. La Cour suprême du Canada conclut que ce régime n'est pas « un processus véritable de négociation collective qui offre aux employés une liberté de choix et une indépendance suffisantes pour leur permettre de décider de leurs intérêts collectifs et de les défendre »¹⁵⁷. Le régime « leur impose un programme qui ne leur permet pas de définir et de faire valoir leurs préoccupations professionnelles à l'abri de l'influence de la direction »¹⁵⁸.

La situation est encore plus sérieuse concernant les militaires. Non seulement ces personnes n'ont pas de régime institutionnalisé pour essayer d'influer sur leurs conditions de service, leur rémunération et leurs avantages sociaux, mais elles ne peuvent même pas se constituer en association pour ce faire. Les militaires ne peuvent non plus s'affilier à une grande organisation syndicale d'envergure nationale pour bénéficier notamment de ses ressources et de son expertise. Ils ne peuvent se constituer collectivement un fonds juridique afin de mandater des avocats pour les conseiller quant à leurs obligations et leurs droits et de les

¹⁵⁴ *Dictionnaire Larousse*, *sub verbo* « liberté », en ligne : <<https://tinyurl.com/4db6zn22>>.

¹⁵⁵ *APMO*, *supra* note 148 au para 2.

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ *Ibid* au para 5.

¹⁵⁸ *Ibid.*

représenter devant les instances, y compris pour contester la validité de la réglementation au besoin.

Certains plaideront que le Ministre de la Défense nationale, l'autorité qui a édicté ces règlements, n'a qu'à autoriser les militaires d'adhérer à une association professionnelle de défense des droits des militaires. Avec respect, cette option n'est pas appropriée. La protection d'une liberté fondamentale, comme l'est la liberté d'association, ne peut dépendre de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire d'une autorité, aussi bienveillante soit-elle. Au demeurant, on peut difficilement surveiller ou contrôler *a priori* le bon comportement d'un agent de l'État¹⁵⁹. Surtout si son intérêt est différent de l'association qu'il pourrait « autoriser » ou pas.

Pour s'en convaincre, imaginons un scénario où un ministre autoriserait une association professionnelle militaire de défense des droits des militaires, mais en limiterait l'action. Quelle utilité aurait une association professionnelle de militaires qui ne pourrait, par exemple, faire valoir ses intérêts auprès du gouvernement pour qu'un projet de loi applicable aux victimes d'infractions criminelles soit aussi applicable aux victimes d'infractions militaires¹⁶⁰? Devant une proposition de réforme du régime de discipline militaire, quelle crédibilité aurait une telle association si elle n'est pas « autorisée » à plaider devant les parlementaires que cette réforme ne protège pas suffisamment leurs droits et leurs intérêts¹⁶¹? Quelle serait la pertinence d'une association professionnelle de défense des droits des militaires si, dans une cause type, soulevant un nouveau point de droit ou posant une question d'intérêt public, notamment quant à une question de constitutionnalité, l'allocation des ressources nécessaires à cette représentation juridique était conditionnelle au pouvoir du ministre, partie au litige? Une personne raisonnablement bien informée percevrait qu'une telle association n'est pas suffisamment indépendante, ses intérêts étant subordonnés à ceux de l'employeur.

Par ailleurs, certains diront que les droits de négociation collective et de grève, que l'interprétation jurisprudentielle reconnaît aux « personnes

¹⁵⁹ *R c Bain*, [1992] 1 RCS 91 aux pp 103–4.

¹⁶⁰ Lorsque présenté à la Chambre des Communes en 2014, le PL C-32 *Loi édictant la Charte canadienne des droits des victimes et modifiant certaines lois*, 2^e sess, 41^e leg, 2014 (sanctionné le 23 avril 2015, LC 2015, c 13), comporte l'art 18(3) faisant en sorte qu'elle ne s'applique pas à la justice militaire. Cette anomalie est réparée avec l'entrée en vigueur en juin 2022 du Projet de loi C-77, *supra* note 2.

¹⁶¹ En 2018-2019, lors de l'étude en comités parlementaires de la Chambre des Communes et du Sénat du PL C-77, plusieurs personnes (notamment des avocats et des universitaires) et organisations externes aux FAC ont témoigné de l'impact de la réforme sur les droits des militaires. Mais aucune n'était une association professionnelle de militaires à caractère syndical.

salariées », ne s'appliquent pas aux militaires, vu leur relation de *service* envers la Couronne, hors du cadre habituel d'un contrat « salarié-employeur ». Ils prendront appui sur une décision récente de la Cour d'appel du Québec *Procureur général du Québec c Centrale des syndicats démocratiques (CSD)* (*PG Québec c CSD*) qui explique :

En somme, la liberté d'association en matière de travail a été définie par la Cour suprême en fonction de la relation salarié-employeur, c'est-à-dire celle du contrat de travail (« *employment contract* »), et, à ce jour, seules les personnes salariées se sont vues reconnaître les droits spécifiques que cette cour a rattachés à la négociation collective (ce qui oblige l'employeur à considérer les revendications des salariés et à en discuter avec les associations qui les représentent) et à la grève, reflétant d'ailleurs ainsi le développement historique de ces droits et la législation qui y est afférente¹⁶².

Cet argument est légitime bien que sujet à débat. Des éléments sont en effet présents pour que les militaires ne soient pas assimilés à des « personnes salariées ». Les militaires sont des personnes « enrôlées »¹⁶³ ayant l'obligation « d'y servir jusqu'à ce qu'elle[s] en soi[en]t légalement libérée[s] »¹⁶⁴. Dans le *Pacte DESC*, les États « s'engagent à assurer [l]e droit de grève, exercé conformément aux lois de chaque pays »¹⁶⁵. Il est à noter qu'outre cette mention au *Pacte DESC*, aucun des textes internationaux auquel le Canada est lié n'évoque ces droits associatifs additionnels que sont le droit de négociation collective et le droit de grève.

D'autre part, des aspects montrent que les militaires pourraient néanmoins être assimilés à des « personnes salariées ». Le *Pacte DESC* réfère au concept de « personne » titulaire d'un droit de grève distinct et pour lequel l'État peut « soumettre à des restrictions légales l'exercice de ces droits par les membres des forces armées », non une négation du droit¹⁶⁶. De plus, dans la décision *PG Québec c CSD*, c'est essentiellement en raison de l'absence d'un lien de subordination avec leur cocontractant que la Cour d'appel n'assimile pas l'entrepreneur ou le prestataire de services à des « personnes salariées »¹⁶⁷. Or, dans le cas des militaires, ce lien de subordination est manifeste.

De toute manière, il peut être prématuré à ce stade-ci de l'analyse de déterminer si les droits de négociation collective et de grève sont d'emblée

¹⁶² *Procureur général du Québec c Centrale des syndicats démocratiques (CSD)*, 2025 QCCA 216 au para 151 [*PG Québec c CSD*].

¹⁶³ *LDN*, *supra* note 6, art 20.

¹⁶⁴ *Ibid*, art 23(1).

¹⁶⁵ *Pacte DESC*, *supra* note 153, al 8(1)d) [italique ajouté].

¹⁶⁶ *Ibid*, al 8(1)d), (2).

¹⁶⁷ *PG Québec c CSD*, *supra* note 162 aux para 122–25.

exclus de l'application de l'alinéa 2d) de la *Charte* quant aux militaires. Lorsqu'on interprète la disposition de façon large et généreuse, on peut avancer qu'à première vue, les militaires ne sont pas exclus des droits associatifs additionnels reconnus aux « personnes salariées », mais que « la nature de l'activité associative et sa relation à l'objet sous-jacent de l'al. 2d) peuvent également devenir pertinentes pour les besoins d'une analyse fondée sur l'article premier »¹⁶⁸.

Chose certaine, l'absence d'une relation « salarié-employeur » ne pourrait valablement être invoquée pour nier d'emblée aux militaires ce que la juge Bich de la Cour d'appel du Québec nomme « les droits basiques inhérents au concept même de liberté d'association »¹⁶⁹. Il s'agit même d'un argument boomerang. Le déséquilibre entre la Couronne et le militaire rend encore plus nécessaire une telle association afin de protéger ce dernier qui, individuellement, est désavantagé devant une organisation plus puissante.

Donc, les articles 19.09 et 19.10 des ORFC, tels que libellés, violent la liberté d'association de l'alinéa 2d) de la *Charte* dans ses composantes essentielles.

3.3 Limite raisonnable dans une « société libre et démocratique »?

Maintenant, cette violation à la liberté d'association peut-elle se justifier? L'article premier de la *Charte* se lit ainsi :

1. La <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.	1. The <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.
---	--

Reprenons ici la méthode d'analyse de *R c Oakes*¹⁷⁰, décision phare pour déterminer si une violation de la *Charte* peut néanmoins se justifier dans une « société libre et démocratique ». Une fois qu'une violation est établie, il appartient à l'État de faire cette démonstration. En résumé, l'État « doit démontrer que l'objet de la loi est urgent et réel et que les moyens choisis sont proportionnels à cet objet »¹⁷¹.

¹⁶⁸ APMO, *supra* note 148 aux para 60–61.

¹⁶⁹ PG Québec c CSD, *supra* note 162 au para 152.

¹⁷⁰ R c Oakes, [1986] 1 RCS 103.

¹⁷¹ Carter c Canada (Procureur général), 2015 CSC 5 au para 94 [Carter].

a) Les articles 19.09 et 19.10 des ORFC : une règle de droit

Première condition pour pouvoir être justifiée, la limite à la liberté doit être prescrite par une « règle de droit ». Dans *R c Therens*, on explique :

Une restriction est prescrite par une règle de droit au sens de l'art. 1 si elle est prévue expressément par une loi ou un règlement, ou si elle découle nécessairement des termes d'une loi ou d'un règlement, ou de ses conditions d'application.¹⁷²

D'autres normes, comme une politique gouvernementale¹⁷³ ou une limite reconnue par la common law¹⁷⁴, peuvent être considérées à certaines conditions comme étant des « règles de droit » aux fins de l'article premier.

Toutefois, ici, les limites sont expressément énoncées dans des règlements contenus aux ORFC. Les articles 19.09 et 19.10 ont été pris conformément au pouvoir de la loi habilitante donnant au ministre de la Défense nationale le pouvoir de « prendre des règlements concernant l'organisation, l'instruction, la discipline, l'efficacité et la bonne administration des Forces canadiennes et, d'une façon générale, en vue de l'application de la présente loi »¹⁷⁵.

b) Assurer le maintien de la discipline, de l'efficacité et du moral des troupes : Un objectif réel et urgent

Dès l'établissement d'une force armée permanente dans l'Angleterre du XVII^e siècle, il est apparu nécessaire d'assurer son contrôle pour éviter qu'elle ne constitue un risque pour la population civile¹⁷⁶. Le financement d'une telle armée étant conditionnel à l'approbation du Parlement, ce dernier demanda en contrepartie au pouvoir royal que la discipline y soit maintenue. Ce compromis entre parlementaires et le pouvoir exécutif a tenu depuis et s'est transposé au Canada. Certes, dans un environnement opérationnel, une force armée disciplinée est plus efficace. En même temps, elle pose moins de risques pour la société civile et l'ordre constitutionnel de l'État qu'elle est censée protéger. Ainsi, la législation militaire vise à maintenir la discipline, l'efficacité et le moral des forces armées¹⁷⁷. Il s'ensuit que « la nécessité de maintenir un niveau élevé de discipline dans

¹⁷² *R c Therens*, [1985] 1 RCS 613, au para 60.

¹⁷³ *Greater Vancouver Transportation Authority c Fédération canadienne des étudiantes et étudiants—Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31 aux para 50, 65.

¹⁷⁴ *R c NS*, 2012 CSC 72.

¹⁷⁵ *LDN*, *supra* note 6, art 12(2).

¹⁷⁶ Charles M Clode, *The Military Forces of the Crown: Their Administration and Government*, vol 1, Londres, John Murray, 1869 à la p 84, en ligne : <<https://tinyurl.com/tw5fyadm>>.

¹⁷⁷ *R c Moriarity*, 2015 CSC 55 aux para 33, 46.

les conditions particulières de la vie militaire est une préoccupation sociale suffisamment importante »¹⁷⁸, y compris pour justifier qu'on veuille limiter l'exercice de la liberté d'association des militaires. Pour illustrer, on imagine mal une association professionnelle de défense des droits des militaires être affiliée à un parti politique, voire inféodée à une puissance étrangère. Il y aurait là un conflit évident de loyautés mettant en péril la sécurité nationale.

En outre, l'interprétation de ce qui peut constituer un objectif urgent et réel au sens de l'article premier de la *Charte* est influencée par les obligations internationales auxquelles le Canada a souscrit¹⁷⁹. Les FAC ont pour mandat de défendre le Canada tant ici qu'à l'étranger. À ce titre, elles ont des obligations eu égard au droit international humanitaire (DIH), lequel impose aux États de soumettre leurs forces armées « à un régime de discipline interne qui assure, notamment, le respect des règles du droit international applicable dans les conflits armés »¹⁸⁰. Les commandants militaires ont notamment le devoir « d'empêcher que soient commises des infractions » au DIH¹⁸¹. La législation visant à restreindre le droit d'association des militaires contribue au respect de ces obligations. En effet, une association de militaires liée à un groupe haineux ou raciste, risquant de faire fi de la discipline militaire et de contrevenir au DIH, poserait un risque en opérations, tant à l'égard des combattants que des non-combattants¹⁸², en plus d'aller à l'encontre du principe éthique cardinal des FAC qui est de respecter la dignité de toute personne¹⁸³.

Il faut souligner que les FAC sont au Canada le service essentiel des services essentiels. Face à une situation d'urgence mettant en péril les autres services offerts à la population, voire posant un risque à la sécurité nationale, l'État doit pouvoir compter sur les FAC pour prendre le relais et assurer la défense du pays. La législation prévoit notamment que le ministre de la Défense nationale peut autoriser les FAC à accomplir des tâches de service public et, à certaines conditions, leur donner des instructions pour qu'elles prêtent assistance aux forces de l'ordre lorsque cela est souhaitable dans l'intérêt national et nécessaire pour remédier

¹⁷⁸ *Généreux*, *supra* note 118 à la p 313.

¹⁷⁹ *États-Unis c Burns*, 2001 CSC 7 au para 80.

¹⁸⁰ *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux* (Protocole I), 8 juin 1977, 1125 RTNU 3, art 43(1).

¹⁸¹ *Ibid*, art 87(1).

¹⁸² Michael R Gibson, « International Human Rights Law and the Administration of Justice through Military Tribunals: Preserving Utility while Precluding Impunity » (2008) 4:1 J Intl L & Intl Relations 1.

¹⁸³ Canada, Ministère de la Défense nationale, *Énoncé d'Éthique de la Défense*, art 1, en ligne : <<https://tinyurl.com/ujtvn9j2>>.

efficacement à la situation¹⁸⁴. La loi prévoit aussi qu'une province peut, par la voie de son procureur général, requérir le service des FAC en cas d'émeutes ou de troubles réels ou jugés imminents pour prêter main-forte au pouvoir civil¹⁸⁵. Dès lors, il est légitime pour le législateur de prendre des mesures raisonnablement nécessaires pour assurer la continuité du service des FAC. De manière analogue à ce qu'il se passe en matière de services de santé, il s'agit d'un objectif réel et urgent justifiant de restreindre l'exercice des actions collectives, comme de faire la grève¹⁸⁶.

c) Proportionnalité entre l'objectif et le moyen

L'objectif étant réel et urgent, il faut voir s'il existe une proportionnalité entre cet objectif et les moyens pour l'atteindre. Cette partie du test se subdivise en trois volets.

i) Le lien rationnel

Il s'agit d'abord de déterminer s'il existe un lien rationnel entre les restrictions à la liberté et l'objectif poursuivi. Le gouvernement doit établir, selon la prépondérance des probabilités, l'existence d'un lien de causalité entre le moyen contesté et l'objectif réel et urgent. On parle ici d'un lien rationnel et non d'une parfaite correspondance¹⁸⁷. Le gouvernement n'a qu'à démontrer qu'il est « raisonnable de supposer » que la restriction ou l'interdiction « peut contribuer à la réalisation de l'objectif, et non qu'elle y contribuera effectivement »¹⁸⁸. Néanmoins, les moyens choisis pour atteindre l'objectif doivent n'être « ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondés sur des considérations irrationnelles »¹⁸⁹.

Pour les fins de l'analyse, on peut admettre qu'en limitant la liberté d'association des militaires de se concerter en vue d'obtenir des changements aux règlements des FAC, de signer avec d'autres militaires des demandes, pétitions ou autres requêtes et d'obtenir ou de demander des signatures à celles-ci, on réduit le risque de confrontation avec la chaîne de commandement et potentiellement de mutinerie. On peut aussi supposer, à la rigueur, qu'en empêchant tout militaire de chercher une quelconque aide externe aux FAC sur toute question relative à son service, on vient réduire le risque d'ingérence faisant dévier les FAC de leur mission et de nuire ainsi à la sécurité nationale.

¹⁸⁴ *LDN*, *supra* note 6, art 273.6(1), (2).

¹⁸⁵ *Ibid*, arts 274–85.

¹⁸⁶ *Saskatchewan Federation*, *supra* note 146 au para 79.

¹⁸⁷ *R c Appulonappa*, 2015 CSC 59 au para 80.

¹⁸⁸ *Alberta c Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37 au para 48 [*Hutterian Brethren*].

¹⁸⁹ *R c Swain*, [1991] 1 RCS 933 à la p 980.

Toutefois, on peut légitimement prétendre que lorsque les militaires sont privés des « droits et recours juridiques dont les civils peuvent bénéficier »¹⁹⁰, en particulier des composantes essentielles de la liberté d'association, cela sape le moral des troupes, mine la discipline et nuit à l'efficacité. À cet égard, il faut prendre acte de la nouvelle doctrine sur la profession militaire exprimée dans *L'éthos des Forces armées canadiennes : Digne de servir*¹⁹¹ et *L'esprit combatif—La profession des armes au Canada*¹⁹², dans lesquels les membres des FAC sont présentés comme des « professionnels militaires ». Ainsi, le respect des droits et libertés de ces derniers et assurer le maintien de leur discipline, leur efficacité et leur moral, loin de s'opposer, vont de pair. D'ailleurs, la doctrine-cadre des FAC établit elle-même ce lien :

La légitimité sociale de la profession des armes pour s'acquitter de sa fonction militaire est fondée sur la façon dont les professionnels militaires incarnent et vivent les valeurs mêmes qu'ils défendent. Les professionnels militaires ne sont peut-être plus des *civils*, mais ils demeurent des *citoyens* responsables et doivent donc refléter le meilleur des valeurs canadiennes. [...] Les valeurs canadiennes jouent un rôle déterminant dans l'éthos militaire. Les valeurs du Canada sont exprimées dans des lois comme les *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982* et la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁹³.

D'ailleurs, opposer défense des droits et intérêts des militaires au sein d'une organisation et maintien de la discipline, de telle sorte qu'on ne puisse favoriser l'un qu'au détriment de l'autre, semble être un faux dilemme. De plus, le fait pour les militaires de s'associer pour la défense de leurs intérêts au sein d'une force militaire ne veut pas nécessairement dire que cette force verrait sa discipline tomber comme un château de cartes ou constituerait une menace interne pour l'État¹⁹⁴. Certes, il est raisonnable de vouloir prohiber les mutineries au sein des forces armées. Toutefois, présumer que toute concertation de militaires va nécessairement y mener, relève du sophisme de la pente glissante.

¹⁹⁰ L'honorable Morris J Fish, [Rapport de l'autorité du troisième examen indépendant au ministre de la Défense nationale. Au titre du paragraphe 273.601\(1\) de la Loi sur la défense nationale, LRC 1985, c N-5](https://tinyurl.com/yvwh6b68), 2021 à la p iv, en ligne : <<https://tinyurl.com/yvwh6b68>>.

¹⁹¹ Canada, Ministère de la Défense nationale, [L'éthos des Forces armées canadiennes : digne de servir](https://tinyurl.com/37xexjs7), Kingston, Académie canadienne de la Défense, 2022 [*L'éthos des FAC*], en ligne : <<https://tinyurl.com/37xexjs7>>.

¹⁹² Canada, Ministère de la Défense nationale, [L'esprit combatif : La profession des armes au Canada](https://tinyurl.com/3r6rx9ec), Kingston, Académie canadienne de la Défense, 2024 aux pp 36–8 [*L'esprit combatif*], en ligne : <<https://tinyurl.com/3r6rx9ec>>.

¹⁹³ *Ibid* à la p 54.

¹⁹⁴ Heinecken et Nel, *supra* note 129 à la p 482.

Par ailleurs, dans le cadre d'une analyse juridique sur l'article premier de la *Charte* lors d'un débat judiciaire et considérant la jurisprudence passée en matière militaire, on peut s'attendre que les tribunaux adoptent une approche traditionnelle et fassent preuve de déférence à l'égard de la position qui sera plaidée par le gouvernement quant à cet aspect du test de l'arrêt *Oakes*. Ainsi, il est possible qu'une cour en vienne à la conclusion qu'il existe un lien rationnel entre le maintien de la discipline, de l'efficacité et du moral des FAC et l'interdiction faite aux militaires de recourir à l'externe et, sans autorisation, de se concerter quant à leurs conditions de service.

ii) L'« atteinte minimale »

Ensuite, il faut déterminer s'il existe des moyens moins préjudiciables de réaliser l'objectif¹⁹⁵. En effet, la restriction au droit ou à la liberté doit se limiter à ce qui est raisonnablement nécessaire pour l'atteindre¹⁹⁶. Cette preuve de l'absence de moyens moins attentatoires d'atteindre l'objectif « de façon réelle et substantielle » incombe au gouvernement¹⁹⁷. Par ailleurs, ce dernier n'a pas à démontrer que l'adaptation est parfaite; les tribunaux accordent une certaine latitude au législateur dans la mesure où la loi se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables¹⁹⁸.

À cet égard, les solutions qu'ont apportées certains de nos alliés sont éclairantes. Le Canada pourrait notamment s'inspirer de la France et permettre la création d'associations professionnelles nationales de militaires, baliser l'exercice de cette liberté en l'assortissant de conditions raisonnables et légitimes. La *Loi sur la défense nationale* pourrait prévoir que les militaires peuvent adhérer à des associations professionnelles à caractère syndical ayant pour objet de préserver et de promouvoir les droits et intérêts des militaires en ce qui concerne leurs conditions de service. Elle reconnaîtrait à ces associations le droit d'agir devant les instances, en particulier judiciaires et parlementaires, ou auprès du gouvernement pour y faire des représentations. À travers les représentants de leurs associations, la loi permettrait aux militaires de s'exprimer publiquement quant à leurs conditions de service sans que cela ne soit considéré comme une façon de « jeter le discrédit sur les Forces canadiennes »¹⁹⁹. La loi pourrait autoriser ces associations, dans la poursuite de leurs objectifs légitimes et à certaines conditions pour préserver la sécurité nationale, à communiquer des renseignements ou des opinions à tout ministère, aux

¹⁹⁵ *Hutterian Brethren*, *supra* note 188 au para 53.

¹⁹⁶ *Carter*, *supra* note 171 au para 102.

¹⁹⁷ *Hutterian Brethren*, *supra* note 188 au para 55.

¹⁹⁸ *RJR-MacDonald Inc c Canada (Procureur général)*, [1995] 3 RCS 199 au para 160.

¹⁹⁹ *ORFC*, *supra* note 7, art 19.14(2)(a).

médias ou au public, sans que cela ne contrevienne à la réglementation actuelle²⁰⁰.

La législation soulignerait le caractère unique des FAC, notamment quant à l'acceptation de la « responsabilité illimitée [...] comme principale caractéristique qui distingue les militaires des autres professions »²⁰¹. La loi fixerait comme condition d'exercice que les statuts ou l'activité de telles associations ne peuvent porter atteinte aux valeurs ou aux principes éthiques auxquels les FAC adhèrent, ni à leur mandat tel que prescrit par le gouvernement quant à la défense du Canada et de ses intérêts. De plus, la loi imposerait l'indépendance de ces associations, en particulier à l'égard de la chaîne de commandement ainsi que de tout parti politique, groupement religieux ou autre entité, qu'il s'agisse d'une organisation de salariés, d'employeurs, d'une entreprise, voire d'un État.

Par ailleurs, s'appuyant sur la relation de service du militaire envers la Couronne et une tendance jurisprudentielle voulant qu'on ne reconnaisse pas ces droits associatifs additionnels à celles et ceux qui ne sont pas « salariés », le législateur pourrait expressément énoncer que le droit d'adhérer à une association professionnelle à caractère syndical n'emporte pas le droit de négociation collective. Du même souffle, il pourrait interdire le recours à la grève. À la lumière des obligations internationales du Canada, il s'agirait là « de restrictions prévues par la loi et qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale »²⁰². D'ailleurs, on doit noter que la solde actuelle des membres des FAC tire déjà avantage de la rémunération découlant des négociations des conventions collectives de la fonction publique, agissant en pratique comme une clause remorque, à laquelle s'ajoute le « facteur militaire ». Celui-ci donne une valeur monétaire aux caractéristiques essentielles de la vie militaire et majore la solde des membres de la FAC en comparaison de celle des fonctionnaires.

On le voit, il est raisonnablement possible pour le législateur canadien de conjuguer l'objectif de maintenir la discipline, l'efficacité et le moral des FAC dans la défense continue du Canada tout en permettant aux militaires de créer et d'adhérer à des associations professionnelles à caractère syndical, en imposant des limites quant au droit à la négociation collective et au droit de grève. Ainsi, interdire aux militaires, sauf sur autorisation, toute concertation avec d'autres pour obtenir des changements aux règlements ou présenter des requêtes ainsi que prohiber toute tentative d'obtenir de l'assistance de l'externe aux FAC quant à leurs conditions de

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ *L'esprit combatif, supra* note 192 à la p 36.

²⁰² *Pacte DCP, supra* note 152, art 22(2); *Pacte DESC, supra* note 153, al 8(1)a), c).

service ne peuvent être qualifiés d'atteinte minimale au sens de l'article premier de la *Charte*.

iii) La « pondération finale »

Enfin, il doit y avoir une proportionnalité, dans l'ensemble, entre les effets bénéfiques de la mesure qui restreint le droit en question et l'objectif législatif²⁰³. À la différence des autres étapes du test de l'arrêt *Oakes*, l'analyse se concentre ici sur l'impact préjudiciable des restrictions et non sur leur objet.

Au plan pratique, on prive environ 98 000 personnes²⁰⁴ non seulement d'entreprendre toute action collective qui menacerait un tant soit peu la hiérarchie militaire, mais encore toute possibilité de mettre en commun les ressources nécessaires à la défense efficiente, équitable et indépendante de leurs droits et intérêts. Une contestation judiciaire, surtout lorsqu'il s'agit d'un enjeu systémique, est coûteuse et l'expertise juridique, rare. Face à un adversaire, il est approprié de vouloir fragiliser sa cohésion, couper son soutien et l'isoler pour réduire sa volonté de combattre. Toutefois, adopter la même approche à l'égard d'une ou d'un militaire fautif est contreproductif. Tout supérieur doit continuer à assurer le bien-être de cette personne²⁰⁵, quelque répréhensible sa conduite ait pu être.

Il est à noter que les FAC peuvent libérer—l'équivalent de congédier—un militaire même si celui-ci conteste cette libération par une procédure de grief et avant qu'il ne puisse s'adresser à une cour de juridiction supérieure pour en contrôler la légalité. Pour paraphraser le lieutenant-colonel à la retraite Rémi Landry s'exprimant en novembre 2024 à *Radio-Canada* lors des cérémonies du Jour du Souvenir, le retour à la vie civile pour un militaire, c'est passer du « Nous » au « Je » et plusieurs le vivent mal. Lorsqu'on reproche à un membre des FAC un comportement qui aurait des conséquences négatives sur sa carrière, on le fait en quelque sorte passer de ce « Nous » au « Je », et ce, malgré l'aide interne qui peut lui être apportée dans certains cas. Si au surplus, on l'empêche de solliciter l'assistance de ses pairs pour se défendre adéquatement, on augmente ce sentiment d'isolement, voire de détresse. Par ailleurs, devant l'adversité, tous ne sont pas des officiers généraux aguerris ayant prestige et ressources pour passer à travers le stress inhérent et l'impact financier liés aux procédures. Aussi, une situation où une personne perçoit, à tort

²⁰³ *Frank c Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 1 au para 76.

²⁰⁴ Statistique Canada, « Protéger nos foyers et nos droits : servir dans les Forces armées canadiennes », *Le Quotidien* (13 juillet 2022) à la p 1. Lors du recensement de 2021, on a dénombré 97 625 personnes servant dans les FAC.

²⁰⁵ ORFC, *supra* note 7, arts 4.02(1)(c), 5.01(c).

ou à raison, qu'elle n'a pu faire valoir correctement ses droits de manière équitable parce qu'elle se trouvait dans une inégalité de rapport et de ressources, peut nourrir un ressentiment qui peut perdurer bien au-delà de sa vie militaire. Un ressentiment qui, en raison du nombre d'anciens combattants dans la société canadienne²⁰⁶, peut être exploité par médias sociaux interposés par nos adversaires—les vrais ceux-là—pour miner la confiance du public canadien dans ses FAC avec un impact tangible sur son soutien et son recrutement.

En somme, les moyens pris par la législation applicable aux militaires canadiens et visant à tuer dans l'œuf toute velléité de s'associer professionnellement ont des effets disproportionnés quant à l'objectif de maintenir la discipline, l'efficacité et le moral des FAC. Cette approche s'attache à un faux dilemme où la promotion de l'équité et de la justice des militaires se ferait nécessairement au détriment du maintien de la discipline. De plus, elle procède du sophisme de la pente glissante par lequel, si on permet aux militaires de s'associer quant à la défense de leurs droits et intérêts concernant leurs conditions de service, cela mènera nécessairement à une mutinerie, d'autant qu'ils portent les armes. L'exemple des corps policiers, y compris de la Gendarmerie royale du Canada, montre au contraire que reconnaître un droit d'association professionnelle n'emporte pas une déliquescence de la cohésion et de la discipline²⁰⁷.

Une telle approche unidirectionnelle à l'égard des personnes servant sous les drapeaux pouvait peut-être se défendre à une époque où un groupe social bien défini assurait son contrôle sur un autre, tant dans la vie militaire que dans la vie civile, et que cela faisait l'objet d'un consensus social. Mais dans le Canada d'aujourd'hui, où les militaires s'engagent comme professionnels des armes à « [r]especter la dignité de toute personne », « à [s]ervir le Canada avant soi-même » et à « [o]béir à l'autorité légale et l'appuyer »²⁰⁸, et desquels militaires on exige loyauté, intégrité, courage, excellence, inclusion et responsabilité²⁰⁹, cette approche infantilisante est disproportionnée et surtout, d'un autre âge.

²⁰⁶ Statistique Canada, *supra* note 204 à la p 1. En 2021, le nombre d'anciens combattants étaient de 461 240.

²⁰⁷ Voir généralement *APMO*, *supra* note 148.

²⁰⁸ Canada, Ministère de la Défense nationale, *Code de valeurs et d'éthique du Ministère de la Défense nationale et des Forces armées canadiennes*, Ottawa, 2012 aux pp 9–10; *L'éthos des FAC*, *supra* note 191 aux pp 16–22.

²⁰⁹ *Ibid* aux pp 22–33.

Conclusion

En somme, les articles 19.09 et 19.10 des ORFC ont pour conséquences pratiques d'empêcher les militaires d'avoir recours à une aide extérieure aux FAC quant à leurs conditions de service et, à moins d'y être autorisés, de se concerter entre eux pour entreprendre des actions communes, telles des demandes de modifications aux règlements ou des pétitions, sur toute question relative aux FAC. Ces limites violent leur liberté d'association de l'alinéa 2d) de la *Charte*. Plus précisément, elles vont à l'encontre de ses « composantes irréductibles [...] le droit et le choix de se regrouper, de former une ou des associations, de participer à leurs activités et de faire valoir leurs revendications en s'unissant et en faisant front commun »²¹⁰.

Dans une analyse visant à savoir si ces restrictions sont justifiées au sens de l'article premier de la *Charte*, on peut comprendre qu'elles poursuivent un objectif légitime urgent et réel, soit de maintenir la discipline, l'efficacité et le moral des FAC. Ensuite, on peut admettre qu'il y a un lien rationnel entre ces restrictions et l'objectif poursuivi. Toutefois, à la lumière d'expériences d'autres sociétés libres et démocratiques, ces limites ne font pas partie de la gamme de mesures raisonnables pour constituer une atteinte minimale aux droits des militaires. La France, par exemple, a autorisé la création d'associations professionnelles de militaires à caractère syndical en balisant leur action pour éviter qu'elles ne menacent la sécurité nationale, notamment en interdisant le recours à la grève et sans leur reconnaître un droit à la négociation collective. En comparaison, l'approche actuelle du Canada qui interdit à tout militaire de recourir à une aide externe aux FAC quant à ses conditions de service et de se concerter, sauf autorisation, avec d'autres « en vue d'obtenir des changements aux règlements existants des Forces canadiennes » ou les empêchant de faire « des demandes, pétitions ou requêtes relatives aux Forces canadiennes » est disproportionnée. Ainsi, les articles 19.09 et 19.10 ORFC ne sont pas des limites raisonnables et ne peuvent se justifier au sens de l'article premier de la *Charte*.

Les militaires étant liés à la Couronne dans une relation de service, leur reconnaître d'emblée un droit inhérent à la négociation collective et à la grève comme aux « personnes salariées » est sujet à débat. Par ailleurs, en tenant compte des instruments internationaux auxquels le Canada est lié et de la nécessité d'assurer le service continu des FAC dans l'intérêt de la sécurité nationale, le législateur peut valablement ne pas reconnaître aux militaires un droit de négociation collective et leur interdire de faire la grève.

²¹⁰ *PG Québec c CSD*, *supra* note 162 au para 162.

Au-delà de la stricte validité constitutionnelle, il y a de bonnes raisons en termes d'équité et d'efficacité de reconnaître aux militaires le droit d'adhérer à une association professionnelle de défense des droits des militaires. Une telle association défendrait les intérêts des membres sur des sujets comme le logement, la rémunération, l'équipement, les mutations, les services médicaux et le développement de carrière, tout en offrant des conseils indépendants et confidentiels, et en servant de lien entre les FAC et le public²¹¹. Sur ce dernier point, une association professionnelle militaire peut aider les médias lorsque ces derniers cherchent à savoir si un enjeu est d'intérêt public.

Ensuite, d'un point de vue institutionnel, cela contribue à une saine gouvernance. Une association professionnelle de défense des droits des militaires est un interlocuteur intéressé et raisonnable lorsque la Couronne, dans l'orientation qu'elle veut donner à l'administration des FAC, procède à des consultations. Il suffit de penser aux membres ayant été ostracisés, libérés des FAC, voire ayant eu à subir des traitements dégradants et humiliants en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre²¹². Non seulement il a fallu, des années plus tard, compenser financièrement ces personnes pour les préjudices subis, mais les FAC ont été privées de forces vives pendant toutes ces années, sans parler des drames humains que plusieurs ont vécus. De la même manière, on peut penser aussi aux victimes d'inconduites sexuelles dans les FAC²¹³. Sans dire qu'une association professionnelle militaire aurait nécessairement évité ces actes répréhensibles, on peut raisonnablement penser qu'elle aurait été en meilleure position pour lancer l'alerte plus tôt.

D'ailleurs, en matière de protection des lanceurs d'alerte au sein des FAC, si une association professionnelle de défense des droits des militaires avait existé au moment de l'adoption de la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles*²¹⁴, peut-être aurait-elle convaincu le gouvernement et les parlementaires qu'il ne fallait pas exclure les militaires de la définition de « secteur public »²¹⁵ pour donner pleine application à la loi, au lieu de conférer aux militaires un régime analogue

²¹¹ H Aitch, « [Does The Military Need A Union?](https://www.wavellroom.com/2019/03/01/does-the-military-need-a-union/) », *Wavell Room* (1 mars 2019), en ligne : <<https://tinyurl.com/5efnkmjv>>.

²¹² Ron Levy, « [Purges dans les Forces armées canadiennes pendant la Guerre froide : le cas des personnes 2SLGBTQ+](https://www.encyclopediecanadienne.ca/fr/actualites/2024/09/03/purges-dans-les-forces-armees-canadiennes-pendant-la-guerre-froide-le-cas-des-personnes-2slgbtq/) », *L'Encyclopédie Canadienne*, 3 septembre 2024, en ligne : <<https://tinyurl.com/yb8wxvyf>>.

²¹³ Kassandra Nadeau-Lamarque, « [Action collective pour inconduite sexuelle dans l'armée : 'tellement libérateur'](https://www.radio-canada.ca/actualite/quebec/2021/11/07/action-collective-pour-inconduite-sexuelle-dans-larmee-tellement-libérateur/) », *Radio-Canada—ICI Québec* (7 novembre 2021) en ligne : <<https://tinyurl.com/fny9f68e>>.

²¹⁴ *Supra* note 25.

²¹⁵ *Ibid.*, art 2 « secteur public ».

en principe mais peut-être moins robuste en pratique²¹⁶. Toujours au plan législatif, on peut penser que lors de l'adoption de la *Charte canadienne des droits des victimes*²¹⁷, une association professionnelle de défense des droits des militaires aurait fait valoir, soit privément au gouvernement pendant les consultations administratives préalables au dépôt du projet de loi, soit devant les parlementaires pendant son étude, que les victimes des FAC ne sont pas des « victimes de deuxième classe » et qu'à ce titre, il n'y avait aucune justification pour les exclure du régime²¹⁸. Une anomalie qui ne sera corrigée que sept ans plus tard avec l'entrée en vigueur de modifications intégrant une *Déclaration des droits des victimes*²¹⁹ conférant aux victimes d'infractions d'ordre militaire des droits similaires à ceux des victimes du système civil de justice criminelle²²⁰.

Parmi ceux qui peuvent présenter au gouvernement et aux parlementaires la perspective des militaires quant à leurs conditions de service sans craindre d'être exposés à des infractions sont les anciens combattants. Ils l'ont d'ailleurs fait récemment à la suite du dépôt du rapport de l'ancienne juge de la Cour suprême du Canada Louise Arbour portant sur l'inconduite sexuelle²²¹. Cette représentation indirecte, fort légitime au demeurant, « peut substituer une représentation directe dans une certaine mesure, même si cette dernière reste la meilleure solution »²²².

Car dans le changement de culture qui s'opère au sein des FAC, une association professionnelle de défense des droits des militaires serait bien placée pour contribuer à un environnement de travail exempt d'actes répréhensibles²²³. La création d'une telle association participe au « besoin

²¹⁶ Pascal Lévesque, « La protection des lanceurs d'alerte au sein des Forces armées canadiennes : un état de situation » (2025) 27:1 *Éthique publique* [à paraître en 2025].

²¹⁷ LC 2015, c 13, art 2.

²¹⁸ *Ibid*, art 18(3).

²¹⁹ PL C-77, *supra* note 2, art 7; LDN, *supra* note 6, arts 71.0–71.25.

²²⁰ Canada, Ministère de la Défense nationale, « [Renforcer les droits des victimes dans le système de justice militaire : Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et apportant des modifications connexes et corrélatives à d'autres lois \(projet de loi C-77\)](#) » (12 mai 2022), Ottawa, en ligne : <<https://tinyurl.com/2fkpn244>>.

²²¹ Conseil national des associations d'anciens combattants du Canada (CNAAC), *Programme législatif 2023–2024 du CNAAC*, Ottawa, 2023 aux pp 40–45, en ligne : <<https://tinyurl.com/2ss6ce78>>.

²²² Ian Leigh et Hans Born, *Manuel sur les droits de l'Homme et les libertés fondamentales du personnel des forces armées*, traduit par François Mariage (C2SD), Genève, ODIHR et DCAF, 2008 à la p 94.

²²³ Julien Galarneau, *La syndicalisation des FAC – un tremplin pour le changement de culture et la reconstitution*, étude militaire, PCEMI n° 49, Collège des Forces canadiennes, 2022–2023.

urgent d'une réforme [...] d'initiatives de recrutement et de rétention »²²⁴ pour attirer et surtout retenir des personnes caressant l'idée d'une carrière militaire. Permettre aux militaires de s'associer professionnellement pour la défense et la promotion de leurs droits et intérêts s'inscrirait en toute logique avec la reconnaissance institutionnelle qu'ils sont des « professionnels militaires »²²⁵ et les « attentes professionnelles » qui sous-tendent ce statut²²⁶.

²²⁴ Peter Mackay et David Pratt, « [Quelle est la prochaine étape dans la relation de défense entre le Canada et les États-Unis?](#) », *Le Devoir* (3 avril 2025), en ligne : <<https://tinyurl.com/bftjft4>>.

²²⁵ *L'esprit combatif*, *supra* note 192 aux pp 34–49.

²²⁶ *L'éthos des FAC*, *supra* note 191 aux pp 34–47.