

**UNE ALTERNATIVE POSSIBLE À LA CONCLUSION DU RAISONNEMENT PAR ANALOGIE  
COMME FONDEMENT LOGIQUE  
À LA RECONNAISSANCE ÉVENTUELLE DE LA PROTECTION CONSTITUTIONNELLE  
DU DROIT DE GRÈVE :  
LA THÉORIE CONSÉQUENTIALISTE**

Texte soumis dans le cadre de la première édition du  
Concours de la Chaire de rédaction juridique Louis-Philippe-Pigeon  
Université Laval

par Sébastien Lafrance\*

Remis le 14 octobre 2011

\* Me Sébastien Lafrance, LL.B. (Université du Québec à Montréal), B.Sc. en sciences politiques (Université de Montréal), Académie de droit international de La Haye (Pays-Bas), Études russes et slaves (Université McGill), polyglotte, a été admis au Barreau du Québec en 2008 et est actuellement avocat au service juridique de la Cour suprême du Canada, professeur à temps partiel (Faculté de droit de l'Université d'Ottawa – Section de droit civil), doctorant en droit (Université Laval) et entraîneur de l'équipe de plaidoirie pour le Concours Ottawa-Moncton depuis 2010 (Faculté de droit de l'Université d'Ottawa – Section de *common law*). Il a agi à titre d'auxiliaire juridique auprès de l'honorable Marie Deschamps, juge à la Cour suprême du Canada (2010-2011) et auprès du juge en chef de la Cour d'appel du Québec l'honorable Michel Robert (2008-2009). Il a obtenu une bourse de maîtrise du Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail en 2010. Il a été récipiendaire avec ses coéquipiers du prix Charles-Rousseau décerné à la meilleure équipe au Concours de droit international public Charles-Rousseau tenu à Tunis, en 2006.

## TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION .....	2
I. LE RAISONNEMENT PAR ANALOGIE .....	4
A. SES PRINCIPAUX POSTULATS .....	4
B. SES LIMITES .....	8
C. SON APPLICATION À LA NÉGOCIATION COLLECTIVE ET AU DROIT DE GRÈVE À L'AUNE DE L'INTERPRÉTATION DE L'ALINÉA 2 <i>d</i> ) DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS .....	9
II. LA THÉORIE CONSÉQUENTIALISTE : UNE EXPLICATION POSSIBLE DU REFUS ÉVENTUEL DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA D'ACCORDER UNE PROTECTION CONSTITUTIONNELLE AU DROIT DE GRÈVE .....	13
A. SES PRINCIPAUX POSTULATS .....	13
B. CERTAINES DE SES LIMITES .....	16
C. SON APPLICATION À LA NÉGOCIATION COLLECTIVE ET AU DROIT DE GRÈVE À L'AUNE DE L'INTERPRÉTATION DE L'ALINÉA 2 <i>d</i> ) DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS .....	17
CONCLUSION.....	23

## INTRODUCTION

Le 8 juin 2007, la Cour suprême du Canada (« Cour ») rendait l'arrêt *Health Services*<sup>1</sup>, transformant fondamentalement l'interprétation donnée jusqu'alors à la liberté d'association prévue par l'alinéa 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>2</sup> (« Charte ») en l'étendant à la négociation collective<sup>3</sup>, auparavant exclue par les arrêts composant la « trilogie » de 1987<sup>4</sup>, laquelle s'inscrivait « dans la philosophie individualiste et libérale de l'époque »<sup>5</sup>. Quelques années plus tard, la juge en chef McLachlin et le juge LeBel, s'exprimant de nouveau pour la majorité dans l'arrêt *Fraser* rendu par la Cour le 29 avril 2011, ont précisé<sup>6</sup> la portée de la liberté d'association tel qu'entendu par *Health Services* confirmant ainsi *de facto* les principes qui y avaient été affirmés. Avant *Health Services* et *Fraser*, la Cour considérait, en se fondant sur les principes dégagés de la « trilogie », que le droit à la négociation collective était une création de la loi et non un droit constitutionnel, tout comme le droit de grève<sup>7</sup> – ce qui est d'ailleurs encore l'état actuel du droit positif pour ce dernier. Or, tant dans *Health Services* que dans *Fraser*, la

<sup>1</sup> *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> *Health Services*, préc., note 1 (par. 2). Il est à noter que la majorité de la Cour n'affirme pas dans *Health Services* que cette protection « couvre [...] tous les aspects de la « négociation collective » au sens où ce terme est employé dans les régimes légaux des relations du travail applicables dans tout le pays. [...] Elle protège simplement le droit des employés de s'associer dans le cadre d'une action collective visant à atteindre des objectifs liés au milieu de travail » (par. 19) (caractères italiques ajoutés). Par ailleurs, le sens donné à la négociation collective par la majorité de la Cour rappelle clairement les termes de l'article 4 de la convention n° 98 qui porte sur « l'activité collective ou le processus qui a pour but la conclusion d'un accord ou d'une convention collective » (caractères italiques ajoutés). Cette convention n'a toutefois pas été ratifiée par le Canada (voir les commentaires à ce sujet dans *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20 (j. en chef McLachlin et j. LeBel, pour la majorité, par. 94 et j. Rothstein, motifs concordants quant au résultat, par. 248)).

<sup>4</sup> *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Procureur général du Manitoba*, [1987] 1 R.C.S. 424; *Syndicat des détaillants, grossistes et magasins à rayons c. Saskatchewan*, [1987] 1 460.

<sup>5</sup> Maude CHOKO, « L'évolution du dialogue entre le Canada et l'OIT en matière de liberté d'association : vers une protection constitutionnelle du droit de grève? », (2011) 56 *McGill L.J.* 1113, 1121; Maude CHOKO, *La liberté d'association au Canada et la liberté syndicale à l'OIT : synonymes?*, mémoire de maîtrise en droit, Université McGill, Montréal, 2008, p. 139; Pierre VERGE, *Le droit de grève – fondements et limites*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 1985, p. 102.

<sup>6</sup> La Cour d'appel du Québec (jj. Robert, J.C.Q., Morissette, J.C.A. et Bich, J.C.A.) considère dans son premier arrêt portant sur la liberté d'association constitutionnellement protégée en vertu de la *Charte* rendu après *Fraser*, *Québec (Procureur général) c. Confédération des syndicats nationaux (CSN)*, 2011 QCCA 1247 (CanLII) (par. 2), que la Cour suprême du Canada y a apporté de « nombreux et précieux éclaircissements ».

<sup>7</sup> Le juge Cory notait dans l'arrêt *Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Territoires du nord-ouest (commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367, p. 377, que « [d]ans deux des arrêts formant la trilogie, soit le *Renvoi relatif à l'Alberta* et *SDGMR*, on a examiné si l'al. 2d) garantit un droit constitutionnel de faire la grève. Dans ces deux décisions, le juge McIntyre a statué que l'al. 2d) ne garantit pas le droit de faire la grève ».

Cour ne s'est pas prononcée sur le droit de grève, qui n'y faisait d'ailleurs pas l'objet du litige<sup>8</sup>. Ainsi, comme l'indique Judy Fudge, « the big unanswered question looming behind the *Health Services and Support* case is whether the right to collective bargaining can be limited to the duty to bargain in good faith or whether it will be extended to include the right to strike »<sup>9</sup>. Or, cette question n'ayant pas trouvé de réponse dans *Fraser*, elle demeure, par conséquent, toujours d'actualité. Partant, la question consistant à se demander ce que pourrait être la réponse des ou de certains juges de la Cour quant à la question de la protection constitutionnelle du droit de grève paraît donc plus qu'opportune, particulièrement suite à *Health Services* et *Fraser*, et ce plus de vingt ans après la « trilogie » de 1987.

La Cour devrait-elle, par analogie, appliquer au droit de grève le raisonnement qu'elle a appliqué dans *Health Services* à la négociation collective pour lui reconnaître une protection constitutionnelle? C'est ce qui ressort des propos de plusieurs auteurs.

L'une des avenues empruntées par ces auteurs, en termes de logique interprétative, est de conclure, en s'appuyant sur une analogie<sup>10</sup>, à la reconnaissance éventuelle par la Cour d'une protection constitutionnelle au droit de grève en vertu de l'alinéa 2d) de la *Charte*. Cette analogie s'articule schématiquement de la façon suivante : puisque « la Cour a pleinement reconnu l'importance des principes de la liberté syndicale véhiculés par l'OIT et les obligations internationales du Canada qui en découlent »<sup>11</sup> et qu'elle a, par conséquent, accordé une protection constitutionnelle à la négociation collective, elle ne saurait décider autrement que d'accorder également, lorsque la question se présentera devant elle, une protection

---

<sup>8</sup> À ce sujet, Maude CHOKO se demande si « [l]es juges de la CSC se sont[...] laissé une porte de sortie [dans *Health Services*] pour ne pas devoir reconnaître le droit de grève comme inclus à l'article 2d de la Charte en distinguant entre les droits de négociation collective et de grève » (M. CHOKO, 2011, préc., note 5, 1183; M. CHOKO, 2008, préc., note 5, p. 143-144). À notre avis, la majorité de la Cour a eu raison de faire cette distinction dans *Health Services* puisque « [l]e droit de grève est étroitement lié à la négociation collective » (voir *Renvoi relatif à l'Alberta*, préc., note 4 (par. 94)) et que l'objet du litige dans cet arrêt ne concernait que la négociation collective. Or, si la Cour s'était prononcée dans *Health Services* sur le droit de grève, ses commentaires n'auraient eu valeur que d'*obiter dictum* puisque cette question n'aurait pas fait partie de la *ratio decidendi* (voir, par exemple, *R. c. Henry*, [2005] 3 R.C.S. 609 (j. Binnie, par. 57); voir aussi Mathieu DEVINAT, « L'autorité des obiter dicta de la Cour suprême », (1998) 77 *R. du B. can.* 1); James R. Murray définit succinctement l'*obiter dictum* comme étant « all the other pronouncements in the case that are not necessary to the framing of the holding, the rule, of the case » (James R. MURRAY, (1982) 29 *UCLA L. Rev.* 833, 835).

<sup>9</sup> Judy FUDGE, « The Supreme Court of Canada and the Right to Bargain Collectively: The Implications of the *Health Services and Support* case in Canada and Beyond », (2008) 37 *Indus. L.J.* 25, 41-42.

<sup>10</sup> André LALANDE, *Vocabulaire – technique et critique de la philosophie*, vol. I, 5<sup>e</sup> éd., Quadrige/Presses universitaires de France, Paris, 1999, p. 52 : « raisonnement par analogie. [...] détermination d'un terme par la connaissance des deux termes de l'un des couples, et d'un des termes du second ».

<sup>11</sup> Maude CHOKO, 2011, préc., note 5, 1183; Maude CHOKO, 2008, préc., note 5, p. 144.

constitutionnelle au droit de grève, puisque celui-ci fait aussi partie des principes de la liberté syndicale susmentionnés et, par conséquent, des obligations internationales du Canada.

Cette analogie pourrait-elle convaincre l'*auditoire*<sup>12</sup> visé, à savoir la Cour? C'est ce que nous allons tenter de vérifier à l'aide de certains principes dégagés par les principaux auteurs ayant étudié le raisonnement par analogie (I.). Ce qui nous mènera ensuite à déterminer si les conséquences inhérentes à la grève pourraient, sous la loupe de ce que nous retiendrons de la théorie conséquentialiste, nous faire douter de la *force persuasive*<sup>13</sup> de ce raisonnement à l'endroit des juges de la Cour (II.).

## I. LE RAISONNEMENT PAR ANALOGIE

### A. SES PRINCIPAUX POSTULATS

Le raisonnement par analogie comme procédé d'interprétation « se rattache à une tradition très ancienne, encore en usage chez Kant »<sup>14</sup>, elle est l'une des plus vieilles méthodes<sup>15</sup> servant à la prise de décision, elle joue un rôle central<sup>16</sup>, fondamental et dominant<sup>17</sup> dans le raisonnement juridique et elle constitue l'une des techniques d'argumentation juridique les plus utilisées<sup>18</sup>. Plusieurs auteurs importants, notamment « Larry Alexander, Scott Brewer, Ronald Dworkin, [et] Cass Sunstein »<sup>19</sup>, sans oublier Chaïm Perelman et j'en passe, se sont penchés sur l'analogie en droit. Nous ferons référence dans ce texte à certains de ces auteurs.

---

<sup>12</sup> Chaïm PERELMAN définit ainsi l'« auditoire » dans son *Traité de l'Argumentation: La Nouvelle Rhétorique*, Presses universitaires de France, Paris, 1958, p. 25 : « l'ensemble de ceux sur lesquels l'orateur veut influencer par son argumentation ». Il convient d'ajouter que Robert Alexy met un bémol à propos de l'analyse menée par Chaïm Perelman, en particulier en ce qui concerne les analogies. Il affirme que « Perelman's interesting exposition of analogies [...] could have been taken considerably further by recourse to modern logic » (voir Robert ALEXY, *A Theory of Legal Argumentation – The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 168). En revanche, cette critique n'enlève en rien au fait, selon Neil MacCormick, qu'« [...] il appartient à Ch. Perelman [d'] avoir ressuscité avec brio [...] » les arguments avancés dans le cadre des questions pratiques qui ont pour objet de persuader (Neil MACCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, Presses universitaires de France, Paris, 1996, p. 15 (la version originale anglaise intitulée *Legal Reasoning and Legal Theory* a été publiée en 1978).

<sup>13</sup> Cette expression consacrée est empruntée et entendue au sens où l'utilise Chaïm Perelman.

<sup>14</sup> Ch. PERELMAN, préc., note 12, p. 500.

<sup>15</sup> Katja LACHENBUCHER, « Arguments by Analogy in European Law », (1998) 57 *Cambridge L.J.* 481, 481.

<sup>16</sup> Dan HUNTER, « Reasons is Too Large: Analogy and Precedent in Law », (2001) 50 *Emory L. J.* 1197, 1202.

<sup>17</sup> J. R. MURRAY, préc., note 8, 871: « in all cases in the middle area of this continuum – the plausibility ».

<sup>18</sup> Scott BREWER, « Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy », (1995-1996) 109 *Harv. L. R.* 923, 925.

<sup>19</sup> D. HUNTER, préc., note 16, 1203.

Pour ce qui est de définir l'analogie, Dan Hunter souligne que « [t]he term “analogy” is used in so many different ways, especially within law, that it is difficult to define it accurately, let alone comprehensively »<sup>20</sup>. Il suggère la définition suivante : « [a]n analogy is a non-identical or non-literal similarity comparison between two things, which has a predictive or explanatory effect »<sup>21</sup>. Cette définition semble recouper l'ensemble des éléments avancés par la majorité des auteurs. Par exemple, Edwin Bell avançait sommairement, aussi loin qu'en 1910, que l'analogie « is [...] used to mean a resemblance, equality or *identity of relations* »<sup>22</sup>. Chaïm Perelman posa plusieurs décennies plus tard que « la formule la plus générale [de l'analogie qui] serait : A est à B ce que C est à D »<sup>23</sup>. Puis, Lloyd L. Weinreb<sup>24</sup> décrivit la conception de Scott Brewer<sup>25</sup> de l'analogie comme un processus à trois étapes, processus plus étoffé et complexe que la formule générale précédente que nous passerons ici sous silence.

Selon Paul Grenet, « [c]e qui fait l'originalité de l'analogie et ce qui la distingue d'une identité partielle, c'est-à-dire de la notion un peu banale de ressemblance, c'est qu'au lieu d'être un *rapport de ressemblance* elle est une *ressemblance de rapport* »<sup>26</sup>. Or, c'est justement l'*identité de relations* ou la *ressemblance de rapport* qui retient ici notre attention. Celle-ci prend forme entre, d'une part, le raisonnement retenu dans *Health Services* relativement aux principes de liberté syndicale et la reconnaissance d'une protection constitutionnelle à la négociation collective et, d'autre part, la prétention de la doctrine, que nous examinerons ci-après, quant à l'application de ce « rapport » au raisonnement à tenir sur l'inclusion éventuelle du droit de grève dans la liberté constitutionnelle d'association en vertu de l'alinéa 2d) de la *Charte*. Mais « [d]e quelle ressemblance [de rapport] s'agit-il? D'une ressemblance selon quels critères? La réponse est claire et complexe à la fois : il s'agit de juger d'une ressemblance au regard de critères fixés par le droit »<sup>27</sup>. Ainsi, pour juger de l'efficacité d'une analogie, Scott Brewer

---

<sup>20</sup> *Id.*, 1206.

<sup>21</sup> *Id.*

<sup>22</sup> Edwin BELL, *The Principles of Argument*, Canada Law Book Company, Limited, Toronto, 1910, p. 78 (caractères italiques ajoutés).

<sup>23</sup> Ch. PERELMAN, préc., note 12, p. 500.

<sup>24</sup> Lloyd L. WEINREB, *Legal Reason – The Use of Analogy in Legal Argument*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 29.

<sup>25</sup> *Id.*, p. 15: « [Scott] Brewer's analysis is the most complete and broad-ranging, and, in one way or another, it incorporates all the issues that have been raised elsewhere ».

<sup>26</sup> Paul GRENET, *Les origines de l'analogie philosophique dans les dialogues de Platon*, Boivin & Cie, Paris, 1948, p. 10, cité par Ch. PERELMAN, préc., note 12, p. 501 (caractères italiques dans la version originale).

<sup>27</sup> H.A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Idéalité et réalité du droit*, L.G.D.J., Paris, 1980, p. 141.

suggère, par exemple, l'application d'un critère de similarité pertinente (*relevant similarity*)<sup>28</sup> qui s'applique de façon à déterminer la pertinence des similarités et des différences, et non leurs quantités<sup>29</sup>.

Par ailleurs, ce qui pourrait distinguer un argument par analogie des autres formes d'arguments tiendrait au fait que pour l'analogie « the connection between the proof does not profess to be rested on any known causal connection between the fact to be proved and the points of resemblance, but merely on the facts of resemblance from which a causal connection is inferred in order to account for the fact in question »<sup>30</sup>.

Sans entrer dans le débat – qui serait stérile considérant les fins de ce texte – portant sur la question de déterminer si un raisonnement par analogie est un raisonnement inductif ou non, et ce, bien que « [p]hilosophers and logicians standardly describe reasoning by analogy as a species of inductive reasoning »<sup>31</sup>, notons simplement à ce sujet que, contrairement à Lloyd L. Weinreb qui prétend que les analogies « are *contrasted* [...] with deductive and *inductive* arguments »<sup>32</sup>, Chaïm Perelman semble tenir pour acquis que l'analogie forme un « chaînon dans le raisonnement *inductif* »<sup>33</sup>. En tout état de cause, ce qui semble faire l'unanimité parmi les différents auteurs est que l'analogie constitue « une étape en science, où *elle sert comme moyen d'invention plus que comme moyen de preuve* : si l'analogie est féconde, thème et phore sont transformés en exemples ou illustrations d'une loi plus générale, par rapport à laquelle les domaines du thème et du phore sont unifiés »<sup>34</sup>.

Il est essentiel de soulever que l'utilisation d'un raisonnement par analogie n'est pas le fruit d'une démarche purement désintéressée : il inventera pour convaincre quelqu'un de quelque chose<sup>35</sup>. En effet, selon Lloyd L. Weinreb, le raisonnement par analogie « [...] depends on the perception of similarities and the ability to sort them *according to one's purpose* »<sup>36</sup>. Neil McCormick abonde dans le même sens en affirmant que « [s]'agissant de la fonction de

<sup>28</sup> S. BREWER, préc., note 18, 933.

<sup>29</sup> J. R. MURRAY, préc., note 8, 853.

<sup>30</sup> E. BELL, préc., note 22, p. 86 (caractères gras italiques).

<sup>31</sup> Vincent A. WELLMAN, « Practical Reasoning and Judicial Justification: Toward an Adequate Theory », (1985-1986) 57 *U. Colo. L. Rev.* 45, p. 85.

<sup>32</sup> L. L. WEINREB, préc., note 24, p. 4 (caractères italiques ajoutés); voir aussi J. R. MURRAY, préc., note 8, 847 : « Aristotle [...] distinguished analogy from induction ».

<sup>33</sup> Ch. PERELMAN, préc., note 12, p. 531 (caractères italiques ajoutés).

<sup>34</sup> *Id.* (caractères italiques ajoutés); voir aussi J. R. MURRAY, préc., note 8, 847 : « analogy is also an instrument of change ».

<sup>35</sup> ARISTOTE, *Rhétorique* 1356b [25] : « ...le persuasif est persuasif pour quelqu'un... ».

<sup>36</sup> L. L. WEINREB, préc., note 24, p. 163 (caractères italiques ajoutés).

justification, si une norme *n* a une valeur en elle-même, ou si elle constitue un moyen *en vue d'une fin souhaitable*, alors en démontrant qu'une règle particulière peut être subsumée sous cette norme, on fait la preuve que la règle est bonne »<sup>37</sup>. De plus, Chaïm Perelman précise que « ce qui fait qu'elle [l'analogie] diffère profondément de la simple proportion mathématique c'est que *la nature des termes*, dans l'analogie, *n'est jamais indifférente* »<sup>38</sup>. Ce qui nous amène à nous demander si l'objectif, déclaré ou non, de plusieurs auteurs s'étant prononcés sur la question de l'éventuelle protection constitutionnelle du droit de grève n'est pas précisément, par l'utilisation d'une analogie, de convaincre la Cour, à tout le moins sur le plan de la démonstration, que ce droit devrait obtenir une protection constitutionnelle?

Selon Chaïm Perelman, « [d]ans certains cas, [...] l'analogie influencera avant tout l'extension des notions. Mais elle agit du même coup sur leur confusion. [...] Que l'analogie puisse modifier les notions et en argumenter la confusion nous semble incontestable »<sup>39</sup>. Cette confusion n'est-elle pas exemplifiée par le sens incertain, bien que déterminé par la majorité, qu'il faut donner à la négociation collective qui ressort des divers motifs rendus dans *Fraser*? Et cette confusion ne pourrait-elle pas alors affaiblir la *force persuasive* de l'analogie proposée par la doctrine quant à la reconnaissance d'une protection constitutionnelle au droit de grève?

Le juge Gonthier (dissident mais sur une autre question) observe, dans un autre contexte que celui du présent texte, que « [l]e processus de raisonnement analogique exige [...] [de se concentrer] sur la question de savoir s'il existe des différences [et des ressemblances] pertinentes »<sup>40</sup> entre les deux éléments concernés. À ce propos, le juge en chef Dickson, dissident, dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, énonçait que « [l]e droit de grève est étroitement lié à la négociation collective »<sup>41</sup>. S'il ne fallait s'appuyer que sur cette affirmation et supposer dès lors qu'il n'y a pas de différences pertinentes vu l'étroitesse de ces deux concepts, l'analyse devrait s'arrêter ici, mais nous verrons qu'il existe au moins une distinction essentielle.

<sup>37</sup> N. MACCORMICK, préc., note 12, p. 181 (caractères italiques ajoutés).

<sup>38</sup> Ch. PERELMAN, préc., note 12, p. 508 (caractères italiques ajoutés).

<sup>39</sup> *Id.*, p. 534.

<sup>40</sup> *Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women c. M.R.N.*, [1999] 1 R.C.S. 10 (par. 87) (caractères soulignés omis; caractères italiques ajoutés).

<sup>41</sup> *Renvoi relatif à l'Alberta*, préc., note 4 (par. 94).



## B. SES LIMITES

Chaim Perelman souligne que « [l']analogie peut aussi être exclue de par les conditions du raisonnement. [...] en droit, le raisonnement par analogie occupe une place beaucoup plus limitée qu'il n'y paraît, et cela parce que lorsqu'il s'agit de l'application d'une règle à de nouveaux cas, nous nous trouvons d'emblée à l'intérieur d'un seul domaine »<sup>42</sup>.

De plus, Lloyd L. Weinreb constate que les analogies « are largely disregarded in the theoretical model of legal reasoning [...] »<sup>43</sup>. Partant d'une conception statique de l'analogie, Chaim Perelman explique<sup>44</sup> :

L'analogie est un moyen d'argumentation instable. En effet, celui qui rejette les conclusions tendra à affirmer qu'il n'y « même pas d'analogie », et minimisera la valeur de l'énoncé en le réduisant à une vague comparaison ou à un rapprochement purement verbal. Mais celui qui invoque une analogie, tendra presque invariablement à affirmer qu'il y a plus qu'une simple analogie. Celle-ci est ainsi coincée entre deux reniements, celui de ses adversaires, et celui de ses partisans.

Dans le cas qui nous occupe, il est vrai que l'analogie suggérée par la doctrine entre le droit à la négociation collective et le droit de grève n'est pas, vu leur « étroitesse », qu'une « vague comparaison » entre deux concepts. Cela dit, il serait possible de réfuter l'analogie suggérée par la doctrine, même si ces deux concepts sont étroitement liés, si l'on pouvait identifier un ou certains de leurs éléments constitutifs qui ne soient pas « alike in the[ir] alleged particulars » ou que « the two [concepts] differ in a greater number of other essential particulars »<sup>45</sup>. Dans le même esprit, « one difference between [analogies] may destroy the value of the analogy »<sup>46</sup>. En somme, la réfutation de cette analogie deviendrait possible si une ou des différences déterminantes existant entre les concepts de droit à la négociation collective et de droit de grève l'emportaient sur les similarités entre ces derniers.

Tel ne serait-il justement pas le cas de la différence entre la protection constitutionnelle de la négociation collective, qui ne porte que sur son processus<sup>47</sup>, alors que celle accordée au droit de grève ne *pourrait*<sup>48</sup> porter que sur le résultat de ce processus<sup>49</sup>?

<sup>42</sup> Ch. PERELMAN, préc., note 12, p. 532.

<sup>43</sup> L. L. WEINREB, préc., note 24., p. 5.

<sup>44</sup> Ch. PERELMAN, préc., note 12, p. 527.

<sup>45</sup> E. BELL, préc., note 22, p. 246-247.

<sup>46</sup> J. R. MURRAY, préc., note 8, 852.

<sup>47</sup> *Health Services*, préc., note 1 (par. 80).

<sup>48</sup> Au sujet d'une possible délimitation de la portée de la protection constitutionnelle du droit de grève, Pierre Verge souligne que « le droit de grève protégé par l'alinéa 2(d) de la *Charte canadienne* pourrait inclure celui de se livrer à des types de grèves qui, tout en se situant *dans le cours de la négociation collective* génériquement entendue, ne

### C. SON APPLICATION À LA NÉGOCIATION COLLECTIVE ET AU DROIT DE GRÈVE À L'AUNE DE L'INTERPRÉTATION DE L'ALINÉA 2d) DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS

Avant *Health Services* et *Fraser*, Gilles Trudeau avançait qu'il serait de plus en plus *difficile* pour la Cour de soutenir que « le droit de négociation collective et le droit à la grève n'ont pas encore atteint le statut de droits fondamentaux au Canada »<sup>50</sup>. Dans le même sens, mais après que *Health Services* ait été rendu, Judy Fudge affirmait que « it is *difficult* to see how the Court can find a principled way to avoid opening the door of constitutional protection far enough to allow the right to strike to enter »<sup>51</sup>. Pour sa part, Pierre Verge soulignait que l'enjeu constitutionnel relié au droit de négociation collective dans *Health Services* est « de même ordre » que celui soulevé par le droit de grève<sup>52</sup> et que « l'argumentaire de la Cour suprême à l'appui [du revirement jurisprudentiel opéré dans *Health Services*] inciterait [...] à penser qu'elle pourrait également accepter de revoir sa position en ce qui a trait au droit de grève »<sup>53</sup>. Enfin, Maude Choko va dans le même sens que les auteurs précédents en affirmant que « [l]e raisonnement sur lequel se base le rejet des motifs de la trilogie et de l'affaire *TNO* au sujet du droit à la négociation collective [...] devrait également s'appliquer au rejet de ces mêmes motifs en ce qui concerne le droit de grève »<sup>54</sup>, et que la Cour devrait, par conséquent, reconnaître une protection constitutionnelle au droit de grève. Cela étant, Maude Choko justifie cette prétention, en allant un cran plus loin<sup>55</sup>, en avançant que puisque « la Cour a pleinement reconnu

---

mettent pas en cause le régime de négociation collective couramment établi par les lois contemporaines du travail » (Pierre VERGE, « L'inclusion du droit de grève dans la liberté générale et constitutionnelle d'association : justification et effets », (2009) 50 *C. de D.* 267, 295) (caractères italiques ajoutés).

<sup>49</sup> *Health Services*, préc., note 1 (par. 19 et 91); voir aussi *Fraser*, préc., note 3 (par. 42 et 47).

<sup>50</sup> Gilles TRUDEAU, « Les droits fondamentaux de l'homme au travail : de la logique internationale à la logique canadienne », dans I. DAUGAREILH (dir.), *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruxelles et Paris, Bruylant et L.G.D.J., 2005, p. 309-347, p. 341 (caractères italiques ajoutés); voir aussi M. CHOKO, 2011, préc., note 5, 1183.

<sup>51</sup> J. FUDGE, préc., note 9, 43. À cet effet, Judy Fudge se réfère (à la note de page 73) à D. POTHIER, qui écrivait dans « Twenty Year of Labour Law and the *Charter* », (2002) 40 *Osgoode Hall L. J.* 369, 381, que « it would be quite possible to reject a right to strike, as covered in freedom of association, while endorsing collective bargaining as covered » et qui affirme ensuite que « However, it is difficult to see how this would be possible on a principled basis after the reasoning in the *Health Services and Support Sector case* ».

<sup>52</sup> P. VERGE, 2009, préc., note 48, 280.

<sup>53</sup> *Id.*, p. 269 (caractères italiques ajoutés).

<sup>54</sup> M. CHOKO, 2011, préc., note 5, 1183; M. CHOKO, 2008, préc., note 5, p. 144.

<sup>55</sup> Maude Choko reconnaît pourtant que « [d]ans [*Health Services*], les juges insistent sur le fait que le litige en cause ne concerne pas le droit de grève, mais uniquement le droit à la négociation collective. De plus, ils écartent la protection d'un résultat à la négociation collective. Selon la protection accordée au droit au processus de négociation collective, il n'est pas nécessaire que celle-ci aboutisse. On pourrait donc prétendre qu'il n'est pas nécessaire de garantir le recours à des moyens précis permettant de faire aboutir les négociations collectives dans le cas

l'importance des principes de la liberté d'association véhiculés par l'OIT et les obligations internationales du Canada qui en découlent, il serait *inacceptable* de ne reconnaître qu'une partie de ces principes et d'en ignorer l'autre »<sup>56</sup>. Cette auteure ajoute que « la Cour ne pourra commencer à choisir à la pièce les principes dont elle se servira dans ses interprétations ultérieures pour façonner le droit interne »<sup>57</sup>. Pourtant, même si « [en 1958,] le CLS prit fermement la position selon laquelle la liberté d'association et le droit de grève [sont] liés »<sup>58</sup>, cela n'a pas empêché le Comité de la liberté syndicale (CLS) de l'Organisation internationale du Travail de conclure en 1998 dans le *Cas n° 1951*<sup>59</sup> :

[...] le droit de grève et le droit de négociation collective font partie intégrante des principes de liberté syndicale, et [...] la garantie constitutionnelle de la liberté syndicale conformément à la Charte canadienne des droits et libertés n'inclut pas ces droits. Cependant, même si les normes et principes de liberté syndicale imposent la reconnaissance effective et la protection du droit de grève et du droit de négociation collective, *la protection constitutionnelle de ces droits n'est pas obligatoire*. Si ces droits sont protégés dans d'autres documents législatifs, il n'y a pas violation de la liberté syndicale.

(Caractères italiques ajoutés)

Cela n'est pas sans rappeler les propos tenus par Pierre Verge à propos de la position prônant l'exclusion du droit de grève, et ce, bien avant que cette décision du CLS ne soit rendue : « l'engagement du Canada, s'il portait [...] sur le droit de grève, n'avait trait qu'à la conformité du droit interne par rapport à la Convention [n° 87] »<sup>60</sup>.

Maude Choko qualifie la conclusion du CLS dans l'extrait précité d'étonnante<sup>61</sup> tout en notant qu'« en droit canadien, la position du CLS équivalait dans les faits, durant de nombreuses

*d'impasse, tel le recours à la grève* » (M. CHOKO, 2011, *id.*; M. CHOKO, 2008, *id.*, p. 143) (Caractères gras et italiques ajoutés). Maude Choko affirme également qu'« [...] à moins de soutenir que le consensus international à l'égard du [...] droit [de grève] est équivoque contrairement à la situation du droit à la négociation collective, et [à moins] *de se servir de l'argumentation du groupe des employeurs mis de l'avant à l'OIT* [destinée à exclure le droit de grève de la protection de la liberté syndicale en raison du silence des instruments internationaux à ce sujet], la CSC devra reconnaître le droit de grève comme faisant partie de la définition de la liberté d'association » (M. CHOKO, 2011, *id.*, 1184; M. CHOKO, 2008, *id.*, p. 145) (caractères italiques ajoutés). Maude Choko reconnaît alors ici le *caractère relatif* de la *force persuasive* de l'argument voulant que la Cour suprême du Canada doive nécessairement reconnaître le droit de grève comme étant protégé par la *Charte*.

<sup>56</sup> M. CHOKO, 2011, *id.*, 1183 (caractères italiques ajoutés); M. CHOKO, 2008, *id.*, p. 144.

<sup>57</sup> M. CHOKO, 2011, *id.*; M. CHOKO, 2008, *id.*

<sup>58</sup> M. CHOKO, 2011, *id.*, 1129; M. CHOKO, 2008, *id.*, p. 52; voir, par exemple, Cas n° 163, 27<sup>e</sup> Rapport, vol. XLI, 1958, n° 3 (par. 51).

<sup>59</sup> Cas n° 1951, 311<sup>e</sup> Rapport, vol. LXXXXXI, 1998, série B, n° 3 (par. 231); voir aussi Maude Choko qui observe, faisant plus que vraisemblablement référence au Cas n° 1951, que « comme le rappela le CLS, *il n'est pas essentiel* que la protection de ces droits [de grève et de négociation collective] soit constitutionnelle (elle peut être simplement législative) » (M. CHOKO, 2008, *id.*, p. 141) (caractères italiques ajoutés).

<sup>60</sup> P. VERGE, 1985, préc., note 5, p. 106.

<sup>61</sup> M. CHOKO, 2011, préc., note 5, 1157; M. CHOKO, 2011, préc., note 5, p. 90.

années, à la non-reconnaissance des droits de grève et de négociation collective dans de nombreuses situations »<sup>62</sup>. Pourtant, il n'appartient pas au CLS, organe international responsable de l'élaboration et de la supervision des normes internationales du travail, d'imposer son interprétation de ce qui devrait être inclus dans la Constitution canadienne, notamment dans la *Charte*<sup>63</sup>. Si tel était le cas, le Canada perdrait alors, du moins sur le plan judiciaire, sa souveraineté<sup>64</sup>. Par conséquent, il apparaît, contrairement à ce qu'exprime Maude Choko, que le CLS a établi, dans l'extrait précité du *Cas n° 1951*, une distinction adéquate entre l'interprétation de la *Charte* et des « autres documents législatifs ». Cela ne nous permet pas pour autant de prophétiser sur la possibilité que la Cour puisse ne jamais reconnaître une protection constitutionnelle au droit de grève, nous constatons seulement qu'elle n'y est pas astreinte au sens de l'analogie proposée par la doctrine et que la *force persuasive* de cette analogie n'est pas absolue.

À ce propos, contrairement à la « difficulté »<sup>65</sup> identifiée par Gilles Trudeau et Judy Fudge qui laisse ouverte la possibilité que les juges de la Cour puissent conclure différemment d'eux, l'application du raisonnement par analogie de Maude Choko la conduit à la conclusion, sans autre issue possible, qu'une décision éventuelle des juges de la Cour n'accordant pas une protection constitutionnelle au droit de grève serait « inacceptable »<sup>66</sup>. Nous verrons que cet argument de « fatalité » peut être contesté. Bien que la Cour ait reconnu dans *Health Services* qu'il soit raisonnable d'inférer que l'alinéa 2*d*) de la *Charte* confère au moins le même degré de protection au droit de négociation collective que celui qui est protégé par les accords

<sup>62</sup> M. CHOKO, 2011, *id.*, 1158; M. CHOKO, 2008, *id.*, p. 92.

<sup>63</sup> La juge en chef McLachlin et le juge LeBel notent d'ailleurs à cet effet dans *Health Services*, préc., note 1 (par. 76) que « *Bien qu'elles ne soient pas contraignantes*, [les interprétations du Comité de liberté syndicale, de la Commission d'experts et des Commissions d'enquête de l'OIT] clarifient la portée de l'article 2*d*) de la *Charte* tel qu'il est censé s'appliquer à la négociation collective » (caractères italiques ajoutés). Les obligations internationales du Canada peuvent être considérés comme un *facteur pertinent et persuasif* (voir *R. c. Big M. Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344) ce qui exclut son caractère contraignant; voir aussi *Fraser*, préc., note 3 (par. 250) (j. Rothstein, motifs concordants quant au résultat).

<sup>64</sup> Stéphane BEAULAC, « Arrêtons de dire que les tribunaux au Canada sont « liés » par le droit international », (2004) 38 *R.J.T.* 359, 386 : « le droit international ne peut jamais « lier » un État souverain comme le Canada ou, plus précisément, le droit international ne peut jamais être contraignant au Canada, c'est-à-dire dans le système juridique canadien » (soulignement omis); voir aussi The Honourable Louis LEBEL and Gloria CHAO, « The Rise of International Law in Canadian Constitutional Litigation : Fugue or Fusion? Recent Developments and Challenges in Internalizing International Law », (2002) 16 *S.C.L.R.* 23; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 (par. 85) : « La Constitution est l'expression de la souveraineté de la population du Canada ».

<sup>65</sup> Le terme « difficulté » ne suppose pas, par son sens et son essence, l'impossibilité.

<sup>66</sup> À notre avis, l'utilisation de l'adjectif « inacceptable » par Maude Choko vise à critiquer la logique d'un tel raisonnement qui serait éventuellement tenu par la Cour, et non à remettre en cause la valeur morale de celui-ci.

internationaux auxquels le Canada est partie<sup>67</sup>, le raisonnement de Maude Choko enferme, à notre avis, les juges de la Cour dans une *seule* logique possible, ne les menant qu'à une *seule* conclusion « acceptable », selon elle : la reconnaissance de la protection constitutionnelle du droit de grève en vertu de l'alinéa 2d) de la *Charte*. L'analogie est alors comprise par cette auteure comme une fin en soi et non comme un moyen, ainsi que le voient plutôt les autres auteurs. Or, comme l'affirme Chaïm Perelman, « alors que [...] rien n'empêche de prolonger une analogie aussi loin que possible, pour voir ce que cela donnera, au vue de sa valeur probante, elle doit être maintenue dans des limites que l'on ne saurait dépasser sans dommage, si l'on désire renforcer une conviction »<sup>68</sup>. Cette limite qui nous apparaît avoir été dépassée par Maude Choko met, ce faisant, en veilleuse la *force persuasive* de l'argument basé sur l'analogie entre (1) la logique interprétative utilisée dans *Health Services*, confirmée dans *Fraser*, laquelle a résulté en une protection constitutionnelle de la négociation collective, et (2) celle devant s'appliquer, le cas échéant, au droit de grève.

Le caractère « inacceptable », selon Maude Choko, et, dans une moindre mesure, la « difficulté », soulevée par Gilles Trudeau et Judy Fudge, pour la Cour de ne pas étendre au droit de grève, en raison de ce qui précède, la protection de la liberté d'association prévue par l'alinéa 2d) de la *Charte*, semblent impliquer que, lorsque la question d'accorder une protection constitutionnelle au droit de grève se représentera, les juges de la Cour n'auront pas d'autre choix, considérant ce que prévoient *Health Services* et *Fraser*, que d'accorder cette protection. Selon la rationalité analogique de ces différents auteurs (quoique à divers degrés), hors l'élargissement de la liberté d'association constitutionnellement protégée au droit de grève, point de salut!

Ainsi, selon le raisonnement par analogie de Maude Choko, les juges de la Cour se trouveraient, par analogie (!), dans la même position que les sept jeunes filles et sept jeunes hommes qui servaient de tribut payable tous les neuf ans par les Athéniens<sup>69</sup>; ces derniers « une fois arrivés en Crète, étaient jeté en pâture à un monstre, le Minotaure »<sup>70</sup>, aucune autre avenue n'était possible pour ces malheureux. De même, il n'y aurait, selon l'analogie avancée par la doctrine discuté précédemment, qu'une seule conclusion envisageable pour les juges de la Cour,

<sup>67</sup> *Health Services*, préc., note 1 (par. 79).

<sup>68</sup> Ch. PERELMAN, préc., note 12, p. 518.

<sup>69</sup> Pierre GRIMAL, *Dictionnaire de la mythologie grecque et romaine*, Presses Universitaires de France, Paris, 1976, p. 452.

<sup>70</sup> Félix GUIRAND (dir.), *Mythologie générale*, Larousse, Paris, 1992, p. 171.

toute proportion gardée, celle de reconnaître, dès que la question se présentera, une protection constitutionnelle au droit de grève.

Or, il existe, pour les juges de la Cour, tout comme pour Thésée qui put parvenir jusqu'au repaire du Minotaure, lui enlever la vie et s'échapper ensuite du labyrinthe grâce au fil qu'il reçut d'Ariane, une théorie étayant la possibilité que les juges de la Cour ne reconnaissent *pas* dans un avenir prochain une protection constitutionnelle au droit de grève : le « conséquentialisme ».

En effet, Neil MacCormick<sup>71</sup> affirme justement<sup>72</sup> :

[...] la pertinence d'une analogie dépend de l'existence de similitudes entre les faits de la nouvelle espèce et les faits opératoires des règles ou principes énoncés en des termes spécifiques et gravés dans les lois ou les précédents. On conviendra que ce n'est pas un critère exact, mais il est réel et important. « L'étroitesse » de l'analogie ainsi entendue est assurément une exigence du droit, encore que *dans le cas des analogies suffisamment étroites, le degré d'étroitesse n'est pas en lui-même concluant; il doit être évalué au moyen d'arguments conséquentialistes.*

Si l'on applique ce qu'avance ce dernier auteur à l'analogie entre le droit de négociation collective et le droit de grève, le fait qu'ils soient *étroitement* liés ne serait pas suffisant en soi pour conclure à la pertinence de l'analogie que suggère la doctrine. Partant, l'évaluation du degré d'étroitesse de cette analogie au moyen d'arguments conséquentialistes s'impose donc.

## **II. LA THÉORIE CONSÉQUENTIALISTE : UNE EXPLICATION POSSIBLE DU REFUS ÉVENTUEL DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA D'ACCORDER UNE PROTECTION CONSTITUTIONNELLE AU DROIT DE GRÈVE**

### **A. SES PRINCIPAUX POSTULATS**

Le conséquentialisme se situe « against the conceptualist entailments of formalism »<sup>73</sup>. Sylvie Salles affirme que « l'argument conséquentialiste est un nouveau paradigme dans la

---

<sup>71</sup> D. HUNTER, préc., note 16, reproche à Neil MacCormick de faire « the presentation of his thesis that consequentialist argument is the preferred form of legal reasoning » (1253) et que « he does not really seek to present a model of analogical reasoning » (1255).

<sup>72</sup> N. MACCORMICK, préc., note 12, p. 228 (caractères italiques ajoutés).

<sup>73</sup> Pierre SCHLAG, « Formalism and Realism in Ruins (Mapping the Logics of Collapse », (2009) 95 *Iowa L. Rev.* 195, 208.

logique de justification »<sup>74</sup>. Toutefois, « [d]epuis une vingtaine d'années, de très nombreux travaux ont été publiés sur le conséquentialisme »<sup>75</sup>.

Le conséquentialisme apparaît dans les jugements « sous des formes langagières diverses et variées »<sup>76</sup>. Pour ce qui est de l'application de la théorie conséquentialiste aux décisions des juges constitutionnels français, Sylvie Salles souligne<sup>77</sup> :

[...] traditionnellement, il est entendu que le juge, et en particulier le juge constitutionnel, ne prend pas en considération les conséquences de ses décisions puisqu'il juge en droit. Sous l'égide du positivisme, le contrôle de constitutionnalité est uniquement un rapport « pur » de conformité de la loi par rapport à la Constitution. En ce sens, la décision du juge constitutionnel est le produit d'un syllogisme dont les prémisses sont juridiques. Or, le conséquentialisme, c'est-à-dire l'évaluation de ce qui est bon ou mauvais en fonction des conséquences induites par un choix, semble aux antipodes d'une telle culture positiviste.

Toutefois, cette même auteure précise que « les décisions [françaises] récentes montrent que le juge constitutionnel intègre dans sa réflexion juridictionnelle, d'autres éléments tel que les conséquences politiques, *économiques* ou institutionnelles »<sup>78</sup>. De plus, elle prétend que « [l]e conséquentialisme a toujours existé dans la logique interne du juge constitutionnel, mais, celui-ci ne l'exposait pas dans la formulation de sa décision »<sup>79</sup>. Cela nous permet d'émettre l'hypothèse qu'il pourrait fort bien en être de même à la Cour, plus particulièrement dans le contexte de l'interprétation de la portée à donner à l'alinéa 2d) de la *Charte*.

Dans son acception la plus simple, le « conséquentialisme » réfère à l'idée voulant que les conséquences importent<sup>80</sup>. Suri Ratnapala résume, de manière plus étoffée, le « conséquentialisme » comme étant une théorie qui « does not look backwards to foundation because none can be found. Rather, consequentialism looks forward to outcomes that result from

---

<sup>74</sup> Sylvie SALLES, *La présence de l'argument conséquentialiste dans les délibérations du Conseil constitutionnel*, VIII<sup>e</sup> Congrès français de Droit constitutionnel, AFDC, Nancy, 16-18 juin 2011, Atelier N° 3 : Droit constitutionnel et sciences humaines et sociales, p. 29, en ligne : <<http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN3/sallesT3.pdf>>.

<sup>75</sup> Christian NADEAU, « Le conséquentialisme: méthodologie et mise en pratiques d'un modèle normatif », (2005) 48 *Arch. Phil. Droit* 274, 274.

<sup>76</sup> S. SALLES, préc., note 74, p. 6.

<sup>77</sup> *Id.*, p. 2; voir aussi Alain BOYER, « Ce serait folie d'ignorer les conséquences », (2005) 48 *Arch. Phil. Droit* 275, 275 : « Être conséquentialiste veut dire juger de la valeur d'un acte ou d'une règle [...] à la seule lumière de ses conséquences bonnes ou mauvaises ».

<sup>78</sup> *Id.*, p. 1 (caractères italiques ajoutés).

<sup>79</sup> *Id.*, p. 20.

<sup>80</sup> Robert HOCKETT, « Human Persons, Human Rights, and the Distributive Structure of Global Justice », (1998) 40 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 343, 396.

the trial and error process of human inquiry and endeavour, seeking to retain what works »<sup>81</sup>. C'est ce que nous retiendrons de la théorie conséquentialiste pour les fins du présent texte en la dépouillant de son caractère moral.

Il est vrai que dans le contexte de l'utilisation de la méthode d'interprétation moderne, la Cour « has continued to refer to Driedger's second edition of *The Construction of Statutes* »<sup>82</sup>, laquelle n'inclut pas, contrairement à la troisième édition de ce dernier ouvrage, la considération des « consequences of proposed interpretation »<sup>83</sup>. Pourtant, les auteurs Beaulac et Côté expriment que « professor Ruth Sullivan, in the third edition of the book, expressed the contemporary methodology in a way which reflects the current interpretive practice much better than the idealized conception embodied in the original version of the “modern principle” favoured by the Court »<sup>84</sup>. Ainsi, rien n'exclut la possibilité pour la Cour de recourir éventuellement aux conséquences de l'interprétation proposée (*consequences of proposed interpretation*), comme le prévoit la troisième édition de l'ouvrage de Driedger précité, dans le contexte de l'interprétation de la liberté d'association prévue par la *Charte* et plus particulièrement du droit de grève.

Dans le même sens que la thèse voulant que les juges interprètent et décident de la portée à donner à un droit en ayant en tête, au préalable, un résultat prédéterminé (*result-oriented interpretation*)<sup>85</sup>, la thèse « conséquentialiste » repose sur le postulat qu'un juge doit ou puisse tenir compte, dans le cadre de sa prise de décision relativement au sens à donner à un droit, en l'occurrence à un droit constitutionnel, des conséquences que pourraient avoir telle ou telle décision. À cet égard, Neil MacCormick avance que « les juges devraient prendre en considération et évaluer les conséquences des différentes décisions susceptibles d'être rendues

---

<sup>81</sup> Suri RATNAPALA, « Bill of Rights in Functioning Parliamentary Democracies: Kantian, Consequentialist and Institutional Scepticisms », (2010-2011) 34 *Melb. U. L. Rev.* 592, 604.

<sup>82</sup> Stéphane BEAULAC et Pierre-André CÔTÉ, « Driedger's « Modern Principle » at the Supreme Court of Canada: Interpretation, Justification, Legitimization », (2006) 40 *R.J.T.* 131, 160; voir Elmer A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2<sup>nd</sup> ed., Toronto, Butterworths, 1983, p. 87.

<sup>83</sup> Ruth SULLIVAN, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed., Toronto & Vancouver, Butterworths, 1994, p. 131-132; Pierre-André CÔTÉ note, à propos de l'interprétation ou des arguments pragmatiques dans *Interprétation des lois*, 4e éd., Les Éditions Thémis, Montréal, 2009, p. 528, que « [l]a prise en considération des conséquences d'une interprétation est de nature à conduire à l'intention réelle de l'auteur ».

<sup>84</sup> S. BEAULAC, préc., note 82.

<sup>85</sup> Voir, par exemple, Raoul BERGER, *Government by Judiciary: the Transformation of the Fourteenth Amendment*, Harvard University Press, Cambridge, 1977.



dans les cas où se pose un « problème d'interprétation »<sup>86</sup>. Ce faisant, les conséquences, plus particulièrement les conséquences économiques, pourraient faire partie de la solution s'appliquant aux problèmes d'interprétation auxquelles ferait face la Cour si elle était aux prises de nouveau avec la question de l'inclusion du droit de grève dans la liberté d'association prévue par l'alinéa 2d) de la *Charte*.

## B. CERTAINES DE SES LIMITES

Concentrons-nous à soulever, pour les fins du présent texte, les limites les plus évidentes et les plus importantes du conséquentialisme lorsqu'on l'applique au contrôle de constitutionnalité. Sylvie Salles note que « [l]a qualité de l'argument conséquentialiste dépend [...] en grande partie de la connaissance du juge »<sup>87</sup> puisque cet argument s'appuie sur des considérations extra-juridiques<sup>88</sup>. Quant à Pierre Mazeaud, il affirme à ce sujet que « le contrôle de constitutionnalité repose pour partie sur des considérations extra-juridiques »<sup>89</sup>. Or, la connaissance des questions économiques, bioéthiques, environnementales ou technologiques n'est pas nécessairement l'apanage des juges, du moins si l'on considère leur formation<sup>90</sup>.

Une autre limite du conséquentialisme, qui découle des propos de Sylvie Salles, et qui n'apparaît pas sans conséquences (!), serait que « la solution du juge ne peut pas aboutir à une solution intolérable. Le conséquentialisme est alors accepté s'il se cantonne au rôle d'exception au formalisme juridictionnel »<sup>91</sup>. Partant, le conséquentialisme, sorte de pragmatisme juridique, empêcherait toute conclusion cohérente en droit dont la solution s'avèrerait intolérable en pratique.

---

<sup>86</sup> N. MACCORMICK, préc., note 12, p. 153. Neil MacCormick cite à l'appui de cette affirmation John AUSTIN dans *The Province of Jurisprudence Determined*, ed. H.L.A. Hart, London, 1964 qui affirmait lors de sa 37<sup>e</sup> Conférence sur la théorie générale du droit que la décision des juges « [...] sera généralement déterminée par la considération des effets que les fondements de sa décision peuvent produire en tant que principe ou règle générale... ».

<sup>87</sup> S. SALLES, préc., note 74, p. 31.

<sup>88</sup> *Id.*, p. 2.

<sup>89</sup> Pierre MAZEAUD, « La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité », Communication d'Erevan, 29 septembre – 20 octobre 2005, p. 1, en ligne : <[http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/pdf/Conseil/20051001erevan.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/20051001erevan.pdf)>.

<sup>90</sup> Voir notamment Robert VANDYCKE, « Les droits de l'homme et leurs modes d'emploi : à propos de la charte constitutionnelle de 1982 », (1986) 18 *Sociologie et sociétés* 139. Il est à noter que la Cour peut « examiner des éléments de preuve extrinsèques [...] comme [...] une étude économique » (*Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, p. 379 (j. Beetz, dissident mais sur une autre question)).

<sup>91</sup> S. SALLES, préc., note 74, p. 33.

**C. SON APPLICATION À LA NÉGOCIATION COLLECTIVE ET AU DROIT DE GRÈVE À L'AUNE DE L'INTERPRÉTATION DE L'ALINÉA 2d) DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS**

La conception que l'on se fait de la notion de grève a beaucoup évolué depuis un peu plus d'un siècle. Par exemple, au début du XXe siècle, Énée Bouloc évoquait la façon dont on jugeait les grèves, à savoir « sur leurs ruines, sur leurs désordres, sur leurs menaces, sur leurs dangers »<sup>92</sup>. Mais l'évolution qu'a connu la notion de grève depuis cette époque ne saurait, à elle seule, empêcher les juges de la Cour de décider éventuellement que le droit de grève ne doit pas bénéficier d'une protection constitutionnelle, et ce, même en tenant compte des arrêts *Health Services* et *Fraser*. Toutefois, pour justifier un tel refus, ces juges pourraient se reposer, explicitement ou implicitement<sup>93</sup>, sur un argument conséquentialiste, par exemple, en mettant l'accent sur les conséquences potentiellement néfastes de la grève sur le fonctionnement optimal de l'économie.

Certes, invoquer des données extra-juridiques comme les conséquences économiques des grèves pour résoudre ou discuter d'une question de droit correspond à une approche conséquentialiste<sup>94</sup>. Mais comme le note Sylvie Salles, un argument conséquentialiste transparait lorsqu'un juge évoque, par exemple, « de façon intuitive, des "conséquences dommageables", des "conséquences néfastes" ou encore des "conséquences manifestement excessives" »<sup>95</sup>.

Pour ne retenir qu'un exemple parmi tant d'autres à propos du droit de grève, le juge Blais (avant qu'il ne devienne juge en chef) de la Cour d'appel fédérale a fait, dans l'arrêt *Grain Workers' Union, section locale 333 c. B.C. Terminal Elevator Operators' Assn.*, une observation pouvant être qualifiée de conséquentialiste lorsqu'il exprime que « [...] les activités de grève ne sont permises que pendant certaines périodes du cycle de négociation collective [pour] limiter les conséquences négatives qu'ont les grèves sur les employeurs, et ce pour préserver la sécurité et la stabilité dans les relations de travail dans l'industrie »<sup>96</sup>.

<sup>92</sup> Énée BOULOC, *Le « droit de grève » et les grèves – Une des plus grandes erreurs juridiques et sociales de ce temps*, Arthur Rousseau, Paris, 1910, p. 8.

<sup>93</sup> S. SALLES, préc., note 74, p. 20.

<sup>94</sup> Ian B. LEE, « Can Economics Justify Freedom of Expression », (2008) 21 *Can. J.L. & Jurisprudence* 355, 361; voir aussi S. SALLES, *id.*, p. 26.

<sup>95</sup> S. SALLES, *id.*, p. 23.

<sup>96</sup> [2010] R.C.F. 255 (par. 85) (j. Blais, J.C.A., motifs concordants quant au résultat) (caractères italiques ajoutés). Dans le contexte français, voir : Hélène SINAY et Jean-Claude JAVILLIER, *La grève*, Dalloz, Paris, 1984, p. 107 : « l'affirmation solennelle de la liberté syndicale permet aux travailleurs de ne pas être syndiqués ou, à tout le moins, de ne pas être tributaire d'un monopole syndical [...] laisser un large champ d'application à la liberté de grève est

Par ailleurs, la juge en chef McLachlin et le juge LeBel s'appuient dans *Health Services* sur la dissidence du juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, l'un des arrêts de la « trilogie » de 1987, pour conclure à l'inclusion de la négociation collective dans la liberté d'association protégée par l'alinéa 2d) de la *Charte*. En effet, le juge en chef Dickson exprimait dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, sur la base de l'interprétation donnée par les organes décisionnels à la convention n° 87, que « la liberté de constituer et d'organiser des syndicats doit, même dans le secteur public, comprendre la liberté d'exercer les activités essentielles des syndicats, telles la négociation collective et la grève, sous réserve de limites raisonnables »<sup>97</sup>. Toutefois, les propos suivants du même juge en chef Dickson dans *SDGMR c. Saskatchewan*<sup>98</sup> (*SDGMR*), un autre arrêt de la « trilogie » de 1987, nous semblent mettre un bémol à l'enthousiasme exprimé par certains auteurs quant au caractère inéluctable de la conclusion que tirera éventuellement la Cour à propos de la reconnaissance d'une protection constitutionnelle au droit de grève :

Le législateur est autorisé à restreindre la liberté de grève d'employés chaque fois qu'une grève aurait pour effet de priver le public de services essentiels. La raison d'être d'une telle restriction est que les membres du public qui ne participent pas à un processus donné de négociation collective ne devraient pas à avoir à subir de préjudice indu lorsque les négociations n'aboutissent pas à un accord. *À mon avis, cette même raison d'être s'applique aussi lorsque le préjudice subi par des tiers est d'ordre économique.* Quoique comme je l'ai souligné dans le *Renvoi relatif aux relations de travail en Alberta*, le droit de négocier collectivement et, partant, celui de faire la grève, ne mette pas en jeu que des intérêts purement économiques des travailleurs, il ne fait pas de doute que des préoccupations d'ordre économique jouent un rôle important dans un bon nombre de conflits de travail. En fait, ***il serait étrange que notre société accorde une protection constitutionnelle à la liberté des salariés de recourir à la grève pour promouvoir leurs intérêts économiques et autres, et tienne en même temps à ce que l'État reste inactif et indifférent devant le préjudice économique grave causé à autrui. Exiger que l'État ferme les yeux sur le préjudice économique qui peut résulter d'arrêts de travail reviendrait à consacrer dans la Constitution un régime particulier de relations de travail.***

[...]

Je ne veux pas laisser entendre par là que n'importe quel préjudice économique subi par un tiers suffira pour justifier la suppression du droit de grève.

(Caractères gras et italiques ajoutés)

---

*susceptible d'être nocif au Patronat, la grève étant par essence, destinée à nuire* » (caractères italiques ajoutés); *contra* : voir l'argument de la *British Columbia Maritime Employers Association* dans *British Columbia Maritime Employers Association*, 2007 CanLII 72539 (CCRI) (par. 199) voulant qu'« [u]ne situation peut équivaloir à une grève même en l'absence de conséquences négatives pour les employeurs ».

<sup>97</sup> *Renvoi relatif à l'Alberta*, préc., note 4 (par. 59).

<sup>98</sup> *SDGMR*, préc., note 4 (par. 31-32) (caractères italiques ajoutés).

Ces propos du juge en chef Dickson dans *SDGMR*, exprimés dans le contexte de l'application de l'article 1 de la *Charte*, appellent les observations suivantes.

Premièrement, selon Pierre Verge, « les *inconvenients* de la grève [...] [sont] une considération dont le judiciaire doit tenir compte dans l'application de la disposition de sauvegarde possible de l'action législative (ou gouvernementale) que constitue l'article premier de la Charte canadienne, *mais non un facteur d'exclusion initial de la liberté de grève de la compréhension d'association* »<sup>99</sup>. Pourtant, non seulement en raison de l'extrait précité du juge en Chef Dickson dans *SDGMR*, mais aussi en se fondant sur ce qu'il évoquait dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, à savoir que des « préoccupations de nature exclusivement pécuniaire [puissent] échappe[r] »<sup>100</sup> à une protection constitutionnelle, il n'apparaît pas exclu, selon une approche conséquentialiste, que le juge puisse considérer les (ou certains) inconvenients de la grève en tant que facteur d'exclusion initial au sens où la prise en compte des conséquences découlant des suites possibles d'une décision fait partie de la « logique interne du juge constitutionnel »<sup>101</sup>.

Partant, sans exclure que l'évaluation des inconvenients de la grève puisse être pertinente à l'étape de l'analyse sous l'article premier de la *Charte*, il nous apparaît, s'il fallait retenir une approche conséquentialiste, que l'affirmation voulant que les inconvenients de la grève ne doivent être considérés qu'à cette étape présuppose de façon implicite l'existence du droit de grève dans la *Charte*. En effet, le test de *Oakes* s'applique lorsqu'il « peut être nécessaire de restreindre [les droits et libertés *garantis* par la Charte] »<sup>102</sup>. Or, le droit de grève ne faisant pas *initialement* partie des garanties offertes par la *Charte*, les conséquences engendrées par celui-ci pourraient alors servir à décider du sort de l'inclure ou non dans la liberté d'association lors de l'analyse de la portée de la liberté d'association protégée par la *Charte*.

Deuxièmement, les propos du juge en chef Dickson précités, lus conjointement avec les principes énoncés dans *Health Services* à l'égard d'un régime particulier de relations de travail, nous semblent aller à l'encontre de la proposition précitée de Pierre Verge voulant que les juges ne doivent pas tenir compte des inconvenients de la grève lorsqu'ils auront à se pencher, de nouveau, sur la question de la reconnaissance de la protection constitutionnelle du droit de grève.

<sup>99</sup> P. VERGE, 2009, préc., note 48, 278 (caractères italiques ajoutés).

<sup>100</sup> *Renvoi relatif à l'Alberta*, préc., note 4 (par. 90).

<sup>101</sup> S. SALLES, préc., note 74, p. 20.

<sup>102</sup> *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 (par. 65) (caractères italiques ajoutés).

En effet, la majorité de la Cour a clairement énoncé dans *Health Services* que le droit de négociation collective ne confère pas « le droit de revendiquer un régime particulier de travail »<sup>103</sup> et qu'elle « ne garantit pas non plus un résultat particulier d'un différend en matière de relations de travail ou l'accès à un régime légal précis »<sup>104</sup>. Il serait alors pour le moins « étrange », pour reprendre le terme employé par le juge en chef Dickson dans *SDGMR* précité, que la Cour renverse<sup>105</sup> sa décision dans *Health Services* confirmée par *Fraser*, non pas pour revenir à l'interprétation restrictive de la liberté d'association tel que l'entendait la « trilogie » de 1987, mais pour « consacrer dans la Constitution un régime particulier de relations de travail »<sup>106</sup> en accordant une protection constitutionnelle au droit de grève.

Cela n'excluerait pas cependant la possibilité pour la Cour d'élargir, comme le suggère Pierre Verge, la portée de la liberté d'association « à des types de grèves qui, tout en se situant dans le cours de la négociation collective génériquement entendue, ne mettent pas en cause le régime de négociation collective couramment établi par les lois contemporaines du travail »<sup>107</sup>. Le juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l'Alberta* semblait d'ailleurs limiter la protection constitutionnelle du droit de grève au processus de négociation collective lorsqu'il affirme, faisant préalablement allusion au « droit de grève des travailleurs [qui] constitue un élément essentiel du principe de négociation collective »<sup>108</sup>, que « la protection constitutionnelle efficace des intérêts des associations des travailleurs dans le processus de négociation collective requiert la protection *concomitante* de leur liberté de cesser collectivement de fournir leur services, sous réserve de l'article premier de la Charte »<sup>109</sup>.

Troisièmement, non seulement pourrait-on prétendre qu'il n'est pas nécessaire de garantir le recours à des moyens précis permettant de faire aboutir les négociations collectives dans le cas d'impasse, tel le recours à la grève<sup>110</sup>, mais il serait incongru, en termes de cohérence interprétative, d'accorder une protection constitutionnelle au droit de grève (compris comme le

<sup>103</sup> *Health Services*, préc., note 1 (par. 91).

<sup>104</sup> *Id.* (par. 19).

<sup>105</sup> Pour une discussion au sujet de la question du renversement par la Cour d'une de ses décisions, voir les motifs de la majorité dans *Fraser*, préc., note 3 (par. 55-59); voir aussi les motifs du juge Rothstein, concordants quant au résultat (par. 128-140); voir aussi *R. c. Henry*, préc., note 8.

<sup>106</sup> *SDGMR*, préc., note 4 (par. 31).

<sup>107</sup> P. VERGE, 2009, préc., note 48, 295 (caractères italiques ajoutés).

<sup>108</sup> *Crofter Hand Woven Harris Tweed Co. v. Veitch*, [1942] 1 All E.R. 142 (H.L.), p. 158-159 cité par le juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, préc., note 4 (par. 96).

<sup>109</sup> *Renvoi relatif à l'Alberta*, *id.* (par. 97) (caractères italiques ajoutés).

<sup>110</sup> M. CHOKO, 2011, préc., note 5, 1183; M. CHOKO, 2008, préc., note 5, p. 143.

résultat de la négociation collective) sachant que la Cour a précisément renversé la « trilogie » dans *Health Services* sur la base des motifs du juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l'Alberta* et que ce dernier a expressément rejeté la possibilité d'accorder une protection constitutionnelle à un régime particulier de travail dans *SDGMR*. Ainsi, le reproche anticipé adressé par la doctrine à propos de l'éventuelle considération de la Cour envers les principes de liberté syndicale, si elle devait ne pas reconnaître une protection constitutionnelle au droit de grève, reproche qui consiste à affirmer que la Cour « [...] choisir[ait] à la pièce les principes dont elle se servirait dans ses interprétations [...] pour façonner le droit interne »<sup>111</sup>, pourrait également être adressé, avec les adaptations nécessaires mais avec la même force, à l'endroit de cette même Cour, si celle-ci devait retenir la dissidence du juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l'Alberta* en guise de justification pour accorder une protection constitutionnelle au droit de grève en omettant ses propos précités dans *SDGMR*.

Quatrièmement, comme l'affirmait le juge en chef Dickson dans *SDGMR*, « il ne fait pas de doute que des préoccupations d'ordre économique jouent un rôle important dans un bon nombre de conflits de travail »<sup>112</sup>. Ces préoccupations, lorsqu'elles prennent la forme de conséquences concrètes et précises et, une fois que ces dernières sont prouvées factuellement eu égard à une situation spécifique opposant des parties à un litige, seraient susceptibles aussi, à notre avis, de jouer un rôle important dans les conclusions que tireraient éventuellement les juges de la Cour à propos de l'inclusion du droit de grève dans la liberté d'association constitutionnellement protégée. Pour s'en convaincre, Katherine Lippel observe, de façon plus générale, que « [c]ertains des arrêts rendus par la Cour suprême, particulièrement en droit du travail, fournissent [...] des illustrations d'une acceptation par la Cour suprême (*sic*) de valeurs néolibérales »<sup>113</sup>. Ce qui tend à indiquer que la Cour serait plus encline, si elle adoptait une approche conséquentialiste, à ne pas accorder une protection constitutionnelle au droit de grève plutôt que le contraire. De plus, Andrée Lajoie constate dans son étude sur l'interprétation par la

---

<sup>111</sup> M. CHOKO, 2011, *id.*; M. CHOKO, 2008, *id.*, p. 144,

<sup>112</sup> *SDGMR*, préc., note 4 (par. 31).

<sup>113</sup> Katherine LIPPEL, « L'interprétation libérale des lois sociales : une pratique révolue? » dans *Interpretatio non cessat – Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2011, p. 229; voir aussi Judy FUDGE, « Labour is Not a Commodity : The Supreme Court of Canada and the Freedom of Association », (2004) *Sask. L. Rev.* 425, 427.

Cour du concept de la « société libre et démocratique »<sup>114</sup> qu'il est possible que « le pouvoir judiciaire s'efface au profit – non plus cette fois d'un législateur ou d'un gouvernement eux-mêmes interventionnistes, sauf dans ses interventions les plus conservatrices – mais d'une société civile que dominant les intérêts du secteur privé »<sup>115</sup>. Or, la grève ne vise pas à servir les intérêts spécifiques du secteur privé, mais plutôt à faire avancer les intérêts de ceux qui s'en prévalent : les travailleurs. Cependant, comme l'indique par exemple Pierre Verge dans le contexte du piquetage, « le seul préjudice économique résultant d'un piquetage [...] ne le rend pas illégal »<sup>116</sup>.

Cela dit, il convient de rappeler ici que notre propos ne consiste pas tant à examiner la légalité de la grève dans différents contextes qu'à déterminer, à l'aide de la théorie conséquentialiste, si les conséquences qu'engendre l'exercice du droit de grève sont susceptibles de jouer un rôle important, voire même déterminant<sup>117</sup>, dans l'éventuelle prise de décision des juges de la Cour sur la question – qui se représenterait alors devant eux, plus de vingt ans après la « trilogie » – de l'inclusion du droit de grève à la liberté d'association prévue par l'alinéa 2*d*) de la *Charte*.

Enfin, sans présumer ni prétendre qu'il s'agira nécessairement de la solution qu'adopterait la Cour, il est toutefois permis d'avancer, vu ce qui précède, qu'il serait *possible* pour la Cour, sur la base des conséquences qui seraient engendrées par la reconnaissance constitutionnelle du droit de grève, de ne pas reconnaître une protection constitutionnelle au droit de grève, et ce sans nécessairement contrecarrer l'interprétation donnée à la liberté d'association prévue par l'alinéa 2*d*) de la *Charte* dans *Health Services* qui inclut désormais la négociation collective.

De plus, la Cour pourrait parvenir à cette conclusion sans faire renaître tout le débat ayant sévi dans *Fraser*<sup>118</sup> entourant le silence de la Convention n° 87 de l'OIT à propos du droit de

---

<sup>114</sup> Bien que ce concept réfère à l'évidence à l'article 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ces commentaires auxquels nous faisons référence ici nous apparaissent transposables dans le contexte de l'interprétation de la portée de l'alinéa 2*d*) de la *Charte*.

<sup>115</sup> Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs : le discours judiciaire et le droit*, coll. Les voies du droit, Presses Universitaires de France, Paris, 1997, p. 81, citée par Katherine LIPPEL, préc., note 113.

<sup>116</sup> P. VERGE, préc., note 48, 278, note de bas de page 31.

<sup>117</sup> S. SALLES, préc., note 74, p. 13 : « Les *conséquences déterminantes* sont celles qui constituent le fondement même de la décision » (caractères italiques dans la version originale).

<sup>118</sup> *Fraser*, préc., note 3 (j. en chef McLachlin et j. LeBel, pour la majorité (par. 94-96) et j. Rothstein, motifs concordants quant au résultat (par. 247-249)).

grève<sup>119</sup>, qui tire son origine de l'affirmation faite par le juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l'Alberta* voulant qu'« il existe un consensus manifeste au sein des organes décisionnels de l'O.I.T. suivant lequel la convention n° 87 ne se borne pas uniquement à protéger la formation des syndicats, mais protège leurs activités fondamentales, soit la négociation collective et le droit de grève »<sup>120</sup>, puisque cette conclusion reposerait sur la considération des conséquences économiques d'une grève qui prendrait alors appui sur les propos du même juge en chef Dickson, mais cette fois, tenus dans *SDGMR*.

## CONCLUSION

Nul n'est contre la vertu. Par conséquent, il ne s'agissait pas tant, dans le cadre du présent texte, de déterminer si, du point de vue moral, par exemple, le droit de grève devrait obtenir une protection constitutionnelle ou non. Notre premier objectif consistait plutôt à poser un regard critique sur l'une des formes de raisonnement avancée par plusieurs auteurs dont la conclusion veut qu'il soit difficile pour la Cour, voire même inacceptable selon certains, de conclure autrement qu'à l'élargissement éventuel de la liberté d'association au droit de grève suite à *Health Services* et *Fraser*. Notre second objectif visait, quant à lui, à expliquer le refus possible et éventuel de la Cour d'inclure le droit de grève à la liberté d'association en examinant, pour ce faire, un raisonnement découlant de certains éléments retenus de la théorie conséquentialiste, lequel diffère de celui que la doctrine actuelle semble faire prévaloir.

En définitive, il est possible de conclure, en tout état de cause, qu'une remise en question de l'analogie suggérée par la doctrine entre le droit à la négociation collective et le droit de grève s'impose et que, par ailleurs, l'attente de ceux qui espèrent l'« inévitable » reconnaissance par la Cour d'une protection constitutionnelle accordée au droit de grève – reconnaissance prétendument obligée par *Health Services* et *Fraser* – pourraient fort bien être aussi hasardeuse que la venue de *Godot*.

---

<sup>119</sup> Voir notamment M. CHOKO, 2008, préc., note 5, p. 49 : « Aucune des conventions concernant la liberté syndicale ne prévoit le droit de grève ».

<sup>120</sup> *Renvoi relatif à l'Alberta*, préc., note 4 (par. 72); voir aussi Christian BRUNELLE et Pierre VERGE, « L'inclusion de la liberté syndicale dans la liberté générale d'association : un pari constitutionnel perdu ? », (2003) *R. du B. can.* 711, 735.