

La Charte canadienne des droits et libertés et quelques leçons tirées de la Convention européenne des droits de l'homme

Guy Tremblay

Volume 23, numéro 4, 1982

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042515ar>
DOI : <https://doi.org/10.7202/042515ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)
1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Tremblay, G. (1982). La Charte canadienne des droits et libertés et quelques leçons tirées de la Convention européenne des droits de l'homme. *Les Cahiers de droit*, 23(4), 795–806. <https://doi.org/10.7202/042515ar>

Résumé de l'article

Many provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* enacted as part of the *Constitution Act, 1982* are couched in very broad terms. Comparative law provides useful guide-lines for ascertaining the probable ambit of the Charter. This article centers on the *European Convention on Human Rights* and on part of its case-law in areas where comparable solutions are likely to obtain in Canada.

Thus, in spite of the generality of the words used by Deschênes J. in the case respecting minority language educational rights in Quebec, it is fair to assume that section 1 of the Canadian Charter will permit denials as well as limitations of rights, in exceptional circumstances, but that it will not apply to certain rights, such as the right not to be subjected to cruel treatment.

More generally, the European Convention lays down the exhaustive limits that can apply to some rights and one may assume that no more restrictions would be permissible in Canada either. Finally, examples are given of cases which have been decided by the European Commission or the European Court of Human Rights and which pose problems likely to be raised under the Canadian Charter.

La Charte canadienne des droits et libertés et quelques leçons tirées de la Convention européenne des droits de l'homme

Guy TREMBLAY*

Many provisions of the Canadian Charter of Rights and Freedoms enacted as part of the Constitution Act, 1982 are couched in very broad terms. Comparative law provides useful guide-lines for ascertaining the probable ambit of the Charter. This article centers on the European Convention on Human Rights and on part of its case-law in areas where comparable solutions are likely to obtain in Canada.

Thus, in spite of the generality of the words used by Deschênes J. in the case respecting minority language educational rights in Quebec, it is fair to assume that section 1 of the Canadian Charter will permit denials as well as limitations of rights, in exceptional circumstances, but that it will not apply to certain rights, such as the right not to be subjected to cruel treatment.

More generally, the European Convention lays down the exhaustive limits that can apply to some rights and one may assume that no more restrictions would be permissible in Canada either. Finally, examples are given of cases which have been decided by the European Commission or the European Court of Human Rights and which pose problems likely to be raised under the Canadian Charter.

| | <i>Pages</i> |
|---|--------------|
| Introduction | 796 |
| 1. L'intérêt de l'étude du régime de la Convention européenne | 796 |
| 2. La Convention européenne et ses organes d'application | 798 |
| 3. Les deux catégories de restrictions des droits et libertés | 798 |
| 4. Quelques restrictions et exceptions qui sont mentionnées dans la Convention européenne et qui portent sur des droits dont traite la Charte canadienne | 799 |
| 4.1. Le droit à la vie | 799 |
| 4.2. La protection contre la cruauté | 800 |
| 4.3. Le droit à la liberté | 801 |

* Avocat, professeur à la Faculté de droit, Université Laval.

| | |
|---|-----|
| 5. Quelques restrictions qui dépendent de l'interprétation de la Convention européenne et qui portent sur des droits dont traite la Charte canadienne | 802 |
| 5.1. La protection contre les fouilles, perquisitions et saisies | 802 |
| 5.2. La liberté de religion | 803 |
| 5.3. La liberté d'expression | 804 |
| 5.4. La liberté d'association | 806 |
| Conclusion | 806 |

Introduction

Dans les six premiers mois de son entrée en vigueur, la *Charte canadienne des droits et libertés*¹ a déjà, semble-t-il, été invoquée une centaine de fois devant les tribunaux canadiens. L'expérience américaine incite à croire que cet emballement n'est pas prêt de se résorber. Mais il faudra certainement plusieurs années encore avant de pouvoir disposer d'une jurisprudence de dernier ressort qui établit les principaux paramètres de l'application de la Charte.

En pareilles circonstances, le droit comparé fournit au juriste des indications précieuses. Ainsi, le jugement de la Cour supérieure du Québec portant sur la « clause-Québec » a pris en considération le droit applicable dans divers pays du Commonwealth, aux États-Unis et sur la scène internationale, notamment la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme².

De même, je me propose ici de faire quelques déductions à propos de la Charte canadienne à partir de l'expérience tirée de la *Convention européenne des droits de l'homme*. Même si les règles qui ont cours sous le régime de la Convention européenne ne sont pas applicables comme telles chez nous, plusieurs d'entre elles peuvent illustrer le genre de solutions qui sont le plus susceptibles d'être retenues dans notre propre droit.

1. L'intérêt de l'étude du régime de la Convention européenne

On peut penser à deux raisons principales d'étudier au Canada les règles découlant de la *Convention européenne des droits de l'homme*.

1. *Gazette du Canada*, partie III, numéro spécial du 21 septembre 1982.

2. Voir *Quebec Association of Protestant School Boards c. P. G. Québec*, Cour supérieure, 8 septembre 1982, en particulier aux p. 85 s. Aussi, W.S. TARNOPOLSKY, « Charterwatch. Who has the onus of proof? » *Canadian Lawyer*, novembre 1982, p. 24.

Premièrement, les restrictions des droits et libertés qui sont permises sous le régime de la Convention européenne y sont spécifiées avec rigueur ; elles permettent donc de juger avec plus de précision quelle est l'ampleur des restrictions évoquées dans l'article 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

En effet, dans la plupart des cas, la Charte canadienne n'indique pas quelles restrictions de tel ou tel droit sont permises : il faut se rabattre sur l'article 1, qui est général. La Convention européenne a adopté le système opposé, qui consiste à identifier pour chaque droit les restrictions acceptables.

Comme l'article 1 de la Charte canadienne fait référence à « une société libre et démocratique » et comme les États parties à la Convention européenne (les pays de l'Europe de l'ouest) sont libres et démocratiques dans la conception occidentale de ces termes qui a cours au Canada, on peut s'inspirer des restrictions acceptées en vertu de la Convention européenne pour comprendre celles qui sont simplement évoquées dans la Charte canadienne.

Un second intérêt de l'étude du régime de la Convention européenne est indirect et provient de ce que le Canada a ratifié en 1976 le Pacte des Nations Unies portant sur les droits civils et politiques ainsi que le protocole permettant aux citoyens ayant épuisé les voies de recours interne de soumettre leur grief au comité compétent de l'O.N.U.

Certes, le Pacte ne fait pas partie comme tel de notre droit interne³, mais le Canada s'est engagé à ce que notre droit interne lui soit conforme. Par exemple, les restrictions permises par l'article 1 de la Charte canadienne ne pourront être plus grandes que celles qui sont permises par le Pacte sans que ne soit engagée la responsabilité internationale du Canada. Or, ce Pacte et la Convention européenne sont proches parents : leur grande similitude à certains égards provient du fait que la Convention européenne a été élaborée à la fin des années 40 à partir du projet de pacte qui était alors discuté au sein de l'O.N.U.

Donc, on peut souvent s'inspirer de la jurisprudence de la Convention européenne pour évaluer la portée des dispositions du Pacte des Nations Unies que le Canada s'est engagé à respecter. Cette jurisprudence européenne est élaborée depuis près de trente ans et elle constitue un corpus de règles cohérent que le Comité des droits de l'homme de l'O.N.U. n'a pas eu le temps d'égaliser.

3. H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, Montréal, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1982, à la p. 443.

2. La Convention européenne et ses organes d'application

Il suffit ici de donner quelques renseignements de base.

Signée en 1950, la *Convention européenne des droits de l'homme* est entrée en vigueur en 1953. Aujourd'hui, pratiquement tous les États membres du Conseil de l'Europe sont parties à la Convention et seize d'entre eux reconnaissent le droit des individus de soumettre des requêtes alléguant violation de la Convention.

Parmi les protocoles qui sont venus s'ajouter à la Convention, le premier et le quatrième garantissent de nouveaux droits substantifs ; ils sont entrés en vigueur respectivement en 1954 et en 1968.

La jurisprudence appliquant la Convention et ses protocoles est élaborée par deux organes distincts : la Commission européenne des droits de l'homme et la Cour européenne des droits de l'homme. La jurisprudence de la Commission est très volumineuse ; celle de la Cour se limite à un peu plus de cinquante jugements, surtout parce que les individus n'ont pas le droit de porter eux-mêmes leur cas de la Commission à la Cour. La jurisprudence de la Cour européenne est la plus importante parce qu'en pratique la Cour agit comme tribunal d'appel de certaines décisions de la Commission. Le rôle de cette dernière n'est pas exclusivement juridique : elle doit, par exemple, chercher des règlements amiables. Mais les décisions de la Commission sur la recevabilité des requêtes et ses rapports sur les requêtes recevables constituent une interprétation et une application de la Convention faisant autorité dans la plupart des cas.

3. Les deux catégories de restrictions des droits et libertés

Plusieurs des droits protégés par la Convention européenne peuvent être soumis à des restrictions en vertu des dispositions mêmes qui garantissent ces droits : il s'agit là effectivement de « restrictions » au sens ordinaire du terme.

Et en temps de crise, la plupart des droits peuvent aussi être soumis à ce que l'article 15 de la Convention appelle des « dérogations », c'est-à-dire à une espèce de négations. Mais il s'agit encore là de simples restrictions, puisque les négations ne peuvent être que temporaires, pendant que dure la situation d'urgence.

Il m'apparaît certain que l'article 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés* permet ces deux types de restrictions et que, en temps d'urgence (ou, pour emprunter les termes de la Convention européenne, « en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation »), des droits pourront être niés, mais de façon temporaire.

La décision du juge Deschênes sur l'inconstitutionnalité de la clause-Québec ne contredit pas cette affirmation. Certes, la Cour trouva que la clause-Québec est une négation et non une simple restriction des droits garantis par la Charte canadienne et qu'en conséquence elle n'est pas permise par l'article 1 de cette Charte⁴. Mais cette affaire ne soulevait pas un problème dans un contexte de crise analogue à la guerre ou l'insurrection. En cas d'urgence suffisante, des dérogations ou « négations temporaires » de droits seront permises pourvu qu'elles soient requises par les circonstances.

Je m'en tiendrai ci-après aux seules restrictions et exceptions applicables en temps normal.

4. Quelques restrictions et exceptions qui sont mentionnées dans la Convention européenne et qui portent sur des droits dont traite la Charte canadienne

4.1. Le droit à la vie

L'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* stipule que chacun a droit à la vie et qu'« il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale ». Cette dernière phrase est générale et assez vague, mais c'est elle que l'on devra invoquer dans le cas de mort d'une personne parce que l'article 1 ne permet que des « restrictions ».

Or, l'article 2 de la Convention européenne est beaucoup plus précis quant aux atteintes permises au droit à la vie. D'abord, son premier paragraphe se lit comme suit :

Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi.

On peut donc en conclure que la peine capitale est acceptable dans une société libre et démocratique.

Le second paragraphe de l'article 2 de la Convention nous fait aussi constater trois autres types de cas où la mort infligée ne viole pas le droit à la vie. Il s'agit des cas où la mort résulte

d'un recours à la force rendu absolument nécessaire :

- a) pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale;
- b) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue;
- c) pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection.

4. *Supra*, note 2, à la p. 67.

Si on ajoute les cas de « décès résultant d'actes licites de guerre » prévus par l'article 15(2) de la Convention, nous avons là une liste d'exceptions au droit à la vie qui sont relativement précises et qui en Europe sont exhaustives.

Qu'en est-il de l'avortement? Des requérants qui y étaient favorables ont attaqué la législation allemande pertinente mais le problème fut posé sous l'angle de l'article 8 de la Convention européenne relatif à la protection de la vie privée et familiale. Comme il n'y a pas de droit correspondant dans la Charte canadienne, cette affaire nous intéresse moins. Disons simplement que la Commission ne trouva pas nécessaire de décider si le fœtus peut être considéré comme une « vie » au sens de l'article 2 de la Convention européenne⁵; et elle décida que la législation allemande impliquée était suffisamment souple pour ne pas contrevenir au droit à la protection de sa vie privée.

4.2. La protection contre la cruauté

L'article 12 de la Charte canadienne prévoit que

Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

Malgré la différence de terminologie, cette disposition se compare bien à l'article 3 de la Convention européenne, qui se lit comme suit :

Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

On voit qu'aucune restriction ou exception n'est ici prévue; aucune n'est donc permise. Même en temps de crise, il est expressément défendu par l'article 15(2) de la Convention de déroger à ce droit en Europe.

On peut tirer de cet état de droit des conclusions valables au moins en principe pour le Canada. Selon la récente décision du juge Deschênes sur la clause-Québec, l'article 1 de notre Charte s'applique à tous les droits y mentionnés⁶. Il permettrait donc, théoriquement, des restrictions même à l'article 12 relatif à la protection contre la cruauté. Mais les standards internationaux nous apprennent que ce genre de traitements ou peines ne peuvent jamais être considérés comme raisonnables ou justifiables dans une société libre et démocratique.

5. *Bruggemann et Scheuten c. République fédérale d'Allemagne*, [1978] Rapport de la Commission, au paragraphe 60.

6. *Supra*, note 2, aux p. 32 et 39.

4.3. Le droit à la liberté

En vertu de l'article 7 de la Charte canadienne, la liberté de la personne est protégée, mais il ne peut lui « être porté atteinte » « qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale ». De plus, l'article 9 stipule que :

Chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires.

Évidemment, un très grand nombre de personnes sont détenues chez nous chaque jour pour diverses raisons. Il est bon de savoir plus précisément dans quels cas une privation de liberté peut être conforme aux « principes de justice fondamentale » ou non « arbitraire ».

On en a une bonne idée en prenant connaissance des six cas de privation de liberté acceptables en vertu de l'article 5(1) de la Convention européenne, qui protège la liberté physique⁷ de la personne. Les trois premiers de ces cas sont assez bien circonscrits, surtout en raison du fait qu'ils prévoient normalement l'intervention d'un tribunal, c'est-à-dire d'une autorité judiciaire offrant des garanties d'indépendance et d'impartialité⁸. C'est ainsi qu'un individu peut être privé de sa liberté, « selon les voies légales »,

- a) s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent ;
- b) s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ;
- c) s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci.

Les trois autres cas sont également assez bien circonscrits en ce qu'ils s'appliquent à des personnes ou à des matières spécifiques :

- d) s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente ;
- e) s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond ;
- f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours.

7. Voir *Engel c. Pays-Bas*, Cour européenne, arrêt du 8 juin 1976, au paragraphe 58.

8. Voir *ibid.*, aux paragraphes 30 et 68 ; lorsque la privation de liberté vise à « garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi », la Cour donne à cette expression une interprétation restrictive incompatible avec l'internement administratif (au paragraphe 69).

La jurisprudence européenne a précisé que ces exceptions sont limitatives, exhaustives⁹. Le Canada pourrait avantageusement s'en inspirer.

5. Quelques restrictions qui dépendent de l'interprétation de la Convention européenne et qui portent sur des droits dont traite la Charte canadienne

Les limitations évoquées ici sont celles qui dans la Convention européenne sont permises en termes plus généraux. Par exemple, l'article 9(1) de la Convention protège la liberté de religion, mais son paragraphe 2 se lit comme suit :

La liberté de manifester sa religion ou ses convictions 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 publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

Des limitations du même genre sont aussi permises notamment dans le cas de la protection de la vie privée, de la liberté d'expression, des libertés de réunion pacifique et d'association et du droit de circuler sur le territoire et d'y choisir librement sa résidence¹⁰.

Grosso modo, ces droits correspondent à ceux qui sont protégés aux articles 2a), 8, 2b), 2c) et d) et 6 de la Charte canadienne.

La jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes permet d'illustrer la portée des clauses restrictives affectant ces droits dans la Convention de 1950. Je donnerai certains exemples qui paraissent susceptibles de susciter un intérêt chez nous.

5.1. La protection contre les fouilles, perquisitions et saisies

Un certain Golder était détenu dans une prison britannique lorsqu'un soir d'octobre 1969, une émeute se produisit dans un local affecté aux loisirs. Un gardien qui fut blessé à cette occasion mentionna Golder comme étant probablement un de ses agresseurs, mais d'autres témoignages indiquèrent que celui-ci était alors dans une salle de télévision. Golder écrivit au *Home Secretary*, responsable des prisons, pour lui demander la permission de consulter un avocat dans le but d'intenter une action en libelle diffamatoire contre le gardien qui l'accusait. Le ministre refusa la permission.

9. *Ibid.*, au paragraphe 57; et *Caprino c. Royaume-Uni*, [1981] Rapport de la Commission, à la p. 69 (décision sur la recevabilité).

10. Voir les articles 8, 10 et 11 de la Convention européenne et l'article 2 du Protocole n° 4.

La Cour européenne des droits de l'homme jugea notamment que l'article 8 de la Convention (le droit au respect, entre autres, de sa correspondance) avait été violé parce que la restriction n'était pas nécessaire dans une société démocratique pour aucune des fins mentionnées à cet article¹¹. Contrôler la correspondance des détenus en vue de prévenir les crimes ou de maintenir l'ordre est une chose ; les empêcher de contacter un avocat lorsqu'ils envisagent d'exercer des recours judiciaires en est une autre.

Je crois que ce type de raisonnement devrait recevoir application au Canada, mais dans les cas où il y aurait « saisie » effective de correspondance, compte tenu du libellé même de l'article 8 de la Charte canadienne.

Notons que dans les « *Affaires de vagabondage* »¹², la Cour européenne avait jugé qu'un « certain contrôle » par la Belgique de la correspondance des trois vagabonds détenus en l'espèce n'enfreignait pas l'article 8 de la Convention, même si les intéressés n'étaient pas des criminels.

Ce sujet, le contrôle et la censure du courrier des détenus, a fait l'objet de plusieurs décisions de la part de la Commission et il est encore soumis à l'attention de la Cour européenne¹³. Même les correspondants de l'extérieur de l'établissement de détention peuvent être intéressés par le problème. Témoin ce Belge suspendu par l'Ordre des avocats pour avoir fait parvenir à ses clients détenus des lettres ne présentant aucun lien avec la défense¹⁴.

5.2. La liberté de religion

La Cour européenne a considéré la liberté religieuse dans une affaire relative à l'éducation sexuelle dans l'enseignement primaire¹⁵. Des parents contestaient, sur la base de leurs convictions chrétiennes, l'instauration de l'éducation sexuelle obligatoire dans les écoles publiques danoises.

La Cour a rejeté, par six voix contre une, cette contestation. Dans la partie principale de l'arrêt, la Cour a tenu compte du droit au respect de la vie familiale ainsi que de la liberté de conscience et de religion pour

11. En particulier la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales. Voir *Golder c. Royaume-Uni*, Cour européenne, arrêt du 21 février 1975, aux paragraphes 41 s.

12. Cour européenne, arrêt du 18 juin 1971, aux paragraphes 91-93.

13. Voir *Silver et al. c. Royaume-Uni*, affaire présentement devant la Cour européenne, après que la Commission eut constaté violation de la Convention : document C(82)45. D'une façon plus générale, en ce qui concerne la compatibilité avec la Convention de la législation allemande permettant au nom de la sécurité nationale des restrictions au secret de la correspondance, des envois postaux et des télécommunications, voir *Klass et al. c. République fédérale d'Allemagne*, Cour européenne, arrêt du 6 septembre 1978.

14. Voir *Vanderlinden c. Belgique*, affaire déclarée irrecevable in document DH(80)4, p. 3.

interpréter la disposition plus directement pertinente invoquée par les requérants :

Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'État, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs *convictions religieuses* et philosophiques.¹⁶

J'aborde l'arrêt avec précautions parce que les mesures danoises n'étaient pas des restrictions comme telles à ce droit et parce que la liberté de religion n'était impliquée qu'indirectement. Au surplus, la Charte canadienne, à l'article 2a), ne reconnaît que la liberté de conscience et de religion et elle ne contient pas de droit spécifique, comme dans la Convention européenne, à ce que l'enseignement et l'éducation se fassent conformément aux convictions religieuses des parents, ni même de protection de la vie familiale. Mais justement, *a fortiori*, l'arrêt de la Cour européenne nous incite à croire que l'éducation sexuelle ne comportant pas d'endoctrinement¹⁷ serait conforme à la Charte canadienne.

Dans un autre ordre d'idées, la liberté de religion fut directement mise en cause par une requête attaquant l'incompatibilité créée par la législation belge entre les fonctions de juge et l'état ecclésiastique. La Commission européenne a jugé cette requête irrecevable¹⁸.

5.3. La liberté d'expression

Dans l'affaire *Engel* impliquant les Pays-Bas, un des points soulevés concernait la liberté d'expression. Deux personnes accomplissant leur service militaire avaient subi de lourdes peines disciplinaires pour avoir contribué à éditer et diffuser un numéro de la revue de l'« Association des appelés » ; le commandant de la caserne avait trouvé le contenu du numéro incompatible avec la discipline militaire, de nature à saper la discipline¹⁹. La Cour, unanime sur ce point, décida qu'il y avait eu « ingérence » dans la liberté d'expression des deux requérants mais que cette restriction se justifiait en regard des termes de l'article 10(2) de la Convention européenne, étant nécessaire dans une société démocratique « à la défense de l'ordre », en particulier au sein des forces armées néerlandaises²⁰.

15. *Kjeldsen et al. c. Danemark*, Cour européenne, arrêt du 7 décembre 1976.

16. Article 2 du premier Protocole, souligné ajouté.

17. Voir l'affaire *Kjeldsen*, note 15, au paragraphe 54.

18. *Demeester c. Belgique*, document DH(81)2, p. 2.

19. Les passages litigieux de la revue sont reproduits au paragraphe 43 de l'arrêt *Engel*, note 7.

20. Voir *ibid.*, aux paragraphes 94-101.

Des considérations semblables furent aussi retenues dans l'affaire *Arrowsmith* pour justifier la condamnation de la requérante. Celle-ci avait été poursuivie pour avoir distribué des tracts incitant à la désertion les soldats envoyés en Irlande du Nord ; l'expression de convictions pacifistes ne prévalut pas en l'espèce sur la nécessité de préserver l'ordre et la sécurité²¹.

La difficulté d'équilibrer la portée de la liberté d'expression et l'étendue de certaines infractions pénales fit l'objet d'une importante décision de la Cour européenne dans *Handyside c. Royaume-Uni*. Le requérant, propriétaire d'une maison d'édition londonienne, avait publié « Le petit livre rouge à l'usage des écoliers » de douze ans et plus. Les exemplaires de ce livre avaient été saisis en vertu de la loi sur les publications obscènes et le requérant avait été accusé et condamné pour avoir eu en sa possession un livre obscène en vue de le diffuser.

Or le livre n'apparaissait pas obscène à tous ; il avait fait l'objet de commentaires élogieux de la part d'un bon nombre de personnes respectables. Mais la Cour européenne jugea que la restriction à la liberté d'expression du requérant avait été nécessaire dans une société démocratique pour la protection de la morale²². La lecture de l'arrêt porte à croire que la Cour européenne a laissé aux autorités de chaque pays une grande marge d'appréciation dans l'établissement des normes morales à respecter. Cette attitude fait penser à celle de la Cour suprême du Canada dans *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*²³ où la reconnaissance des variations locales dans les valeurs morales joua un rôle important.

D'autres aspects de la jurisprudence européenne relative à la liberté d'expression se rapportent à des problèmes susceptibles de se poser au Canada. Ainsi, aux termes de l'article 2b) de la Charte canadienne, les libertés fondamentales comprennent « la liberté de la presse et des autres moyens de communication ». À ce sujet, on peut rappeler la célèbre affaire du *Sunday Times* où la Cour européenne jugea que le Royaume-Uni avait violé la Convention en empêchant sous peine d'outrage au tribunal la publication d'articles sur la thalidomide pendant que des procès contre le fabricant étaient *sub judice*²⁴. De plus, la Commission a déjà mentionné que l'État peut sans doute manquer à ses obligations s'il n'empêche pas les concentrations de presse excessives²⁵. Par ailleurs, l'obligation professionnelle de s'abstenir de faire de la publicité est attaquée devant la

21. Voir *Arrowsmith c. Royaume-Uni*, [1980] Rapport de la Commission, aux paragraphes 84 s.

22. *Handyside c. Royaume-Uni*, Cour européenne, arrêt du 7 décembre 1976.

23. [1978] 2 R.C.S. 662.

24. *Sunday Times c. Royaume-Uni*, Cour européenne, arrêt du 26 avril 1979.

25. *De Geillustreerde Pers N.V. c. Pays-Bas*, [1977] Rapport de la Commission, au paragraphe 88.

Commission par un vétérinaire dont la requête fait actuellement l'objet d'un examen au fond²⁶.

5.4. La liberté d'association

La Cour européenne a décidé récemment que le licenciement de certaines personnes qui avaient refusé d'adhérer à un syndicat désigné dans un accord de *closed shop* a porté atteinte à la liberté d'association et que le tort infligé était disproportionné par rapport aux buts poursuivis. Il faut dire qu'en l'occurrence les plaignants avaient été engagés avant que le monopole d'embauche soit consenti aux syndicats concernés. L'arrêt ne se prononce pas sur le système du *closed shop* en tant que tel ni sur les restrictions qu'il apporte à la liberté d'association des personnes non encore engagées²⁷.

Par contre, la Cour a décidé que l'affiliation obligatoire à l'Ordre belge des médecins ne brime pas la liberté d'association parce que l'Ordre est une institution de droit public et non une association au sens de l'article 11 de la Convention et parce que les médecins restent libres de créer les organisations de leur choix²⁸.

Enfin, des arrêts de la Cour européenne ont établi que dans le cadre des négociations du secteur public, la liberté d'association n'obligeait pas l'État à consulter les syndicats moins représentatifs ou à conclure avec eux une convention collective distincte²⁹.

Conclusion

Il n'est pas nécessaire de rendre compte d'un plus grand nombre de précédents européens pour faire ressortir le fait que le Canada, avec sa nouvelle Charte constitutionnelle, peut avoir intérêt à considérer les résultats et les solutions qui ont été obtenus dans le même domaine dans d'autres pays occidentaux.

Somme toute, il m'apparaît certain que l'expression « société libre et démocratique » qui se trouve à l'article 1 de la Charte canadienne ne peut se prêter à une évaluation purement abstraite et qu'elle tire sa signification substantielle des comparaisons qui peuvent être faites avec le degré d'avancement de la protection des droits et libertés ayant cours dans d'autres sociétés qui empiriquement sont aussi libres et démocratiques que la nôtre.

26. *Barthold c. République fédérale d'Allemagne*, document DH(81)2, p. 3.

27. *Young et al. c. Royaume-Uni*, Cour européenne, arrêt du 13 août 1981.

28. *Le Compte et al. c. Belgique*, Cour européenne, arrêt du 23 juin 1981, aux paragraphes 64-66.

29. Voir *Syndicat national de la police belge c. Belgique*, Cour européenne, arrêt du 27 octobre 1975; et *Syndicat suédois des conducteurs de locomotive c. Suède*, Cour européenne, arrêt du 6 février 1976.