

Liberté d'expression et diffamation de collectivités : quand le droit à l'égalité s'exprime

Denis Buron

Volume 29, Number 2, 1988

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042891ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042891ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Buron, D. (1988). Liberté d'expression et diffamation de collectivités : quand le droit à l'égalité s'exprime. *Les Cahiers de droit*, 29(2), 491–534.
<https://doi.org/10.7202/042891ar>

Article abstract

Class defamation, for reasons of race, ethnic origin, religion or sex, is in the middle of a confrontation between many rights and liberties : On the one hand, freedom of expression, often considered the most fundamental of them all ; On the other, equality rights, freedom of opinion and the right to security of the person. This conflict may be viewed as a test for freedom of expression, hoping that truth will finally prevail, as well as a challenge for other liberties to be recognized.

A choice has to be made : Should we protect expression, or should we protect collectivities from some expression ? *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, it is submitted, has already indicated the right direction : Sections 27 and 28, multiculturalism and sex equality, do in fact exclude class defamation from the protected freedom of expression.

That which is currently the law of class defamation, as a consequence, will remain. But this might be an unfortunate blessing, since class defamation is virtually non-existent in Canadian law.

Liberté d'expression et diffamation de collectivités : quand le droit à l'égalité s'exprime

Denis BURON *

Class defamation, for reasons of race, ethnic origin, religion or sex, is in the middle of a confrontation between many rights and liberties : On the one hand, freedom of expression, often considered the most fundamental of them all ; On the other, equality rights, freedom of opinion and the right to security of the person. This conflict may be viewed as a test for freedom of expression, hoping that truth will finally prevail, as well as a challenge for other liberties to be recognized.

A choice has to be made : Should we protect expression, or should we protect collectivities from some expression ? The Canadian Charter of Rights and Freedoms, it is submitted, has already indicated the right direction : Sections 27 and 28, multiculturalism and sex equality, do in fact exclude class defamation from the protected freedom of expression.

That which is currently the law of class defamation, as a consequence, will remain. But this might be an unfortunate blessing, since class defamation is virtually non-existent in Canadian law.

	Pages
Introduction	492
1. La répression de la diffamation de collectivités	495
1.1. La diffamation civile	496
1.2. Les dispositions pénales	499
1.2.1. Le libelle diffamatoire	500
1.2.2. La propagande haineuse	502
2. L'incidence des droits de la Charte	504
2.1. La protection des collectivités	504
2.1.1. Discrimination verbale et droit à l'égalité	505

* L.L.M., avocat, Montréal. L'auteur remercie le professeur Henri Brun, qui a dirigé ses recherches, pour la pertinence de ses conseils.

	<i>Pages</i>
2.1.2. Réputation et liberté d'opinion	507
2.1.3. Conflits sociaux et droit à la sécurité	510
2.2. La protection de l'expression	512
2.2.1. La libre discussion des idées	512
2.2.2. Favoriser plus d'expression	514
3. L'interprétation des droits de la Charte	516
3.1. Le multiculturalisme	517
3.2. L'égalité des sexes	518
3.3. Le problème de la vérité	521
4. La diffamation de collectivités dans une société libre et démocratique	524
4.1. Une question de priorités	524
4.2. Des dispositions insuffisantes, mais valides	526
Conclusion	531

Introduction

Le Canada a toutes les apparences d'un pays où l'égalité est un fait accompli : pas de conflits raciaux ou religieux d'importance, du moins récemment, et aucun qui n'ait dégénéré en guerre ouverte. Et pourtant... il faudrait être bien naïf pour ignorer le traitement que le Canada a fait et, trop souvent, fait encore subir à ses minorités. Bien sûr, nul n'a ici tenté d'exterminer les Juifs ou de réduire les noirs à l'esclavage. Non, le Canada est plus subtil et laisse la liberté des uns entraver celle des autres.

Bien souvent, l'expression a été l'outil privilégié de cette véritable lutte de pouvoir, et ce bien avant que l'expression ne devienne une liberté fondamentale. Cette discrimination verbale a parfois été systématique, parfois moins évidente : les Juifs, en particulier, ont fait l'objet d'attaques constantes dégénérant parfois en violence physique ¹. Par contre, combien ont remarqué la persistance avec laquelle nos livres d'histoire ont traité les Amérindiens de sauvages, jusqu'à tout récemment ? L'influence est telle qu'ils sont encore aujourd'hui considérés comme des citoyens de deuxième classe ².

1. Toronto a été très agitée, en 1965-66, par des affrontements entre Juifs et nazis canadiens. Voir : M.R. MAC GUIGAN, « Hate Control and Freedom of Assembly », (1966) 31 *Sask. B. Rev.* 232.

2. Le magazine « L'Actualité » a été blâmé le 22 mai 1987 par le Conseil de Presse du Québec pour un article paru en novembre 1986 et décrivant les Montagnais de manière préjudiciable.

Les exemples récents sont aussi nombreux : les Sikhs sont assimilés à des terroristes ; les Italiens sont tous membres de la Mafia ; les Libanais sont des importateurs de drogues ; les Tamouls, de dangereux révolutionnaires et les Ukrainiens des criminels de guerre qui se cachent. Il suffit souvent d'un seul incident que les médias diffusent largement et, parfois, sans nuances ni précautions pour qu'une communauté quelconque soit ainsi cataloguée. Dans ces conditions, il n'est pas surprenant que la population craigne l'arrivée massive de nouveaux immigrants. Ces illustrations permettent de dégager l'existence d'une forme particulière de diffamation, celle de collectivités. La liberté d'expression garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés* protège-t-elle celle-ci ? C'est ce que nous tenterons de découvrir.

Mais auparavant nous devons mieux déterminer ce qu'est la diffamation de collectivités. Elle est d'abord et avant tout diffamation, c'est-à-dire :

Elle est faite de déclarations ou d'écrits qui ont pour effet d'humilier, de faire perdre l'estime, la confiance et la considération en quelqu'un.³

En sus, et contrairement à la diffamation d'individus, nous nous trouvons ici en présence de groupes. C'est le rattachement d'un individu à un tel groupe qui le rend victime de diffamation. La nature du groupement détermine encore deux possibilités : la diffamation peut viser un regroupement volontaire ou elle peut s'attaquer à un groupe lié involontairement et de manière, dirions-nous, indélébile.

Dans le premier cas, la diffamation de groupe a pour victime un club social, un parti politique, l'ensemble des individus qui pratiquent une activité ou une profession ou vivant à un endroit déterminé, etc. Dans l'autre cas, et c'est ce qui nous intéressera dorénavant, la diffamation sera rattachée à une caractéristique plus fondamentale de la personne. Ainsi, par exemple, si l'on peut choisir sa profession, on ne choisit pas sa race⁴. Ce dernier type de regroupement sera désigné sous le vocable de « collectivité »⁵. La diffamation de collectivités s'attaque donc à la réputation des membres d'une race, d'une origine ethnique ou d'une religion, par exemple.

3. N. VALLIÈRES, *La presse et la diffamation*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1985, p. 6. Voir aussi : J.S. WILLIAMS, *The Law of Defamation in Canada*, Toronto, Butterworths, 1976, p. 10-11 ; L.H. ELDRIDGE, *The Law of Defamation*, New-York, The Bobbs-Merrill Company inc., 1978, p. 31 s.

4. H. ARKES, « Civility and the Restriction of Speech : Rediscovering the Defamation of Groups », (1974) *Sup. Ct. Rev.* 281, p. 293.

5. Ce terme nous vient de l'anglais *class*, en rapport avec ce genre particulier de diffamation de groupe.

Ces exemples démontrent cependant que la caractéristique de la collectivité n'est pas nécessairement permanente : il est possible de changer de religion, entre autre, et la race de même que l'origine ethnique peut être plus ou moins évolutive, au rythme des générations. Malgré tout, toute personne peut être identifiée à une dominante : noir, blanc, métis ; Français, Anglais, Haïtien, Tamoul ; Chrétien, Juif, Musulman ; etc.

On ne choisit jamais tout à fait la catégorie où les autres nous situeront bien que l'on puisse se sentir individuellement plus ou moins partie d'une collectivité donnée. La caractéristique fondamentale d'une collectivité est donc d'être un très large groupe, du moins potentiellement, plus large que toute profession, club social, etc. et auquel on n'échappe jamais tout à fait, au travail ou dans ses loisirs.

Une autre collectivité est susceptible d'être victime du même genre de diffamation, soit l'ensemble des femmes. Certains prétendent que la pornographie est une forme de diffamation collective⁶. Nous croyons que cette perception est pertinente et le sexe devient, en conséquence, un quatrième type de regroupement relatif à la diffamation de collectivités.

Reste à savoir comment se présente celle-ci. Elle consiste d'abord, habituellement, en une représentation diffamatoire, au sens usuel du terme tel que nous l'avons vu, de l'ensemble des membres d'une collectivité à travers un ou quelques-uns d'entre eux, avec le sous-entendu que chaque individu de cette même collectivité possède les mêmes caractéristiques, les mêmes faiblesses ou défauts. S'ajoute ensuite, régulièrement mais pas nécessairement, une image de l'élément dominant, que ce soit la race blanche, l'homme ou le Chrétien, par exemple, comme supérieur, presque parfait. Finalement, et accessoirement, il est possible que la diffamation de collectivités s'accompagne d'une forme de provocation quelconque, qu'elle soit susceptible d'entraîner la violence, en raison de sa forme ou de son contenu.

Globalement donc, la diffamation de collectivités se veut de la discrimination par l'expression, par opposition à la discrimination par les actes. C'est parce qu'elle entremêle si étroitement deux droits fondamentaux, la liberté d'expression et le droit à l'égalité, qu'elle pose un problème différent des questions usuellement abordées en regard de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

L'objet de notre réflexion est donc de situer la diffamation de collectivités dans le contexte constitutionnel qui est le nôtre. Pour ce faire, nous devons

6. K.E. MAHONEY, « Obscenity, Morals and the Law : A Feminist Critique », [1984] 17 *Ott. L. Rev.* 33 ; « Anti-Pornography Laws and First Amendment Values », 98 *Harv. L. Rev.* 460 (1984) ; E. HOFFMAN, « Feminism, Pornography, and Law », 133 *U. Pa. L. Rev.* 497 (1985).

premièrement nous pencher sur les dispositions actuellement applicables en droit canadien et ayant pour objet la répression de la diffamation de collectivités. En second lieu, puisque l'on ne peut détacher certains droits ou libertés du tout que forme la Charte, nous verrons l'incidence de tous ceux qui sont susceptibles d'être concernés par la diffamation de collectivités, avant de procéder à une interprétation relative de ceux-ci. Il nous sera alors possible de jauger l'effet de la Charte sur le droit en vigueur relativement à la question qui nous intéresse.

Précisons finalement, avant d'entrer dans le vif du sujet, que les quatre fondements retenus concernant la diffamation de collectivités, soit la race, l'ethnie, la religion et le sexe, ne sont pas limitatifs⁷. Il nous apparaît cependant approprié de s'y restreindre, ne serait-ce que pour demeurer aussi prêt que possible de l'actualité⁸.

1. La répression de la diffamation de collectivités

Plusieurs dispositions, tant pénales que civiles, sont susceptibles d'application à l'encontre de la diffamation de collectivités, sans oublier certaines notions de common law, bien que pertinentes uniquement hors Québec. En faire l'énumération serait pour le moins répétitif, d'autres ayant déjà procédé à cet exercice⁹. Nous nous contenterons donc de l'analyse des dispositions principales et directement reliées à nos préoccupations, tant en droit civil qu'en droit pénal. Il n'est pas question de rechercher toutes possibilités d'application de dispositions obscures. L'objet de la présente partie n'est donc pas de faire un inventaire mais simplement d'indiquer quel est le droit actuel concernant la répression de la diffamation de collectivités.

7. On pourrait songer également à l'orientation sexuelle, par exemple. Généralement, tout motif de discrimination pourrait devenir le fondement d'un type de diffamation de collectivités. Cela nous ferait cependant déborder du cadre de ce travail.

8. Le récent Sommet de la Francophonie, tenu à Québec, nous a donné un exemple de l'étendue du dilemme, voir : J. DUFRESNE, « André Arthur et la liberté d'expression », *La Presse*, vendredi 11 sept. 1987, p. B-3.

9. M.G. FREIHEIT, « Free Speech and Defamation of Groups by Reason of Color or Religion », (1966) 1 *R.J.T.* 129; M. FENSON, « Group Defamation: Is the Cure too Costly? », (1962-65) 1 *Man. L.S.J.* 255. Pour une perspective plus internationale, voir également : P.J. BELTON, « The Control of Group Defamation: A Comparative Study of Law and its Limitations », (1960) 34 *Tulane L. Rev.* 299 (première partie) et 469 (deuxième partie); « Race defamation and the first amendment », (1966) 34 *Fordham L. Rev.* 653; D. RIESMAN, « Democracy and Defamation: Control of Group Libel », (1942) 42 *Columbia L. Rev.* 727.

1.1. La diffamation civile

Le droit civil comme la common law prévoient que la diffamation est, respectivement, un délit ou un *tort*. Comme dans bien d'autres cas, l'article 1053 du Code civil est à la source du délit civil de diffamation, dont les caractéristiques s'apparentent néanmoins à son proche parent d'origine anglosaxonne. Ce qui sera exposé ci-après l'est en fonction du droit civiliste, bien que de très légères nuances suffiraient à nous transposer dans l'autre système. Nous mentionnerons cependant spécifiquement certains rapprochements ou différences, lorsqu'il sera utile de le faire.

La règle veut que celui qui est diffamé puisse recevoir réparation pour le préjudice fait à sa réputation. Une collectivité, ou un membre de l'une d'elle, peut-elle s'inscrire dans ce cadre ? Il est bien évident que la collectivité ne pourrait-elle même se présenter devant les tribunaux : on voit mal tous les Juifs, les Chinois ou les femmes se dresser ensemble en demande et réclamer une réparation commune¹⁰. Il apparaît nécessaire qu'il y ait représentation pour l'ensemble, ou poursuites individuelles. La question de représentation, bien qu'intéressante, est procédurale et ne nous concerne pas réellement. Soulignons malgré tout qu'elle peut nier tout recours à une entité inexistante en droit, ce qu'est généralement une collectivité tel que nous l'entendons¹¹.

Si la collectivité ne peut se présenter en cour, il reste à l'individu affecté par la diffamation de la collectivité à laquelle il appartient la possibilité de réclamer ses propres dommages, indépendamment des dommages subis par les autres. C'est alors que l'on rejoint un principe fondamental du droit de la diffamation, c'est-à-dire la preuve que le dommage est particularisé ou, en sens inverse, que la diffamation même collective a atteint personnellement celui ou celle qui se porte en demande¹².

En matière de diffamation de collectivités, le problème du nombre se pose donc avec acuité. Comment pourrait être particularisé un message diffamant des milliers, voire des millions, de personnes ? La diffamation devient dispersée, diffuse, insaisissable, bref, elle ne causerait virtuellement plus de dommages¹³. S'ajoutent des difficultés de phraséologie comme

10. Attention, par contre, aux groupes incorporés : ils ne sont plus une collectivité mais un individu, légalement parlant. Voir : *Church of Scientology of B. C. v. Radio NW Ltd.*, (1974) 46 D.L.R. (3d) 459 (C.A. C.-B.). Dans cette cause, l'église devait être distinguée de ses membres.

11. *Jeunes canadiens pour une civilisation chrétienne c. Fondation du Théâtre du Nouveau-Monde*, [1979] C.S. 181 (l'affaire « Les fées ont soif »).

12. VALLIÈRES, *supra*, note 3, p. 25.

13. *Id.*, p. 26. Voir aussi *Germain v. Ryan*, (1918) 53 C.S. 543.

« quelques » ou « plusieurs », dans un message diffamatoire, qui présupposent que tous ne sont pas visés, bien que tous puissent être atteints. Le demandeur devrait alors raisonnablement établir qu'il fait partie des cibles, ou encore qu'il est perçu comme tel.

Certains cas, malgré tout, permettent une individualisation suffisante pour être considérés. Par exemple, accuser tous les noirs d'être des voleurs dans un village où une seule famille est de cette race ne présente aucune difficulté. D'autres attaques, en apparence générales, peuvent receler une spécificité acceptable. Ce fut le cas dans *Ortenberg v. Plamondon*¹⁴. Dans cette cause internationalement célèbre, il a été jugé qu'un dénigrement des Juifs de Québec, soit 75 familles à l'époque, était somme toute limité par rapport à une population totale de 80 000 personnes. Précisons cependant que les circonstances permettaient d'identifier le demandeur avec plus de certitude comme victime, puisque l'incident se passait près de son commerce, commerce auquel il est fait directement allusion dans les propos pour lesquels le défendeur est blâmé.

Par ailleurs, l'affaire *Jeunes canadiens*¹⁵ ne modifie en rien cette jurisprudence, puisqu'elle ne porte que sur les aspects procéduraux. Précisons que Ortenberg réclamait uniquement pour son propre compte et non pas au nom de tous les Juifs et que, en conséquence, il avait indiscutablement l'intérêt suffisant pour présenter sa demande en justice.

Le cas Ortenberg demeure néanmoins exceptionnel et la règle demeure que :

[...] chacun des membres d'une même entité sociale qui se sent lésé par des propos diffamatoires doit démontrer un intérêt direct et personnel, distinct du groupe auquel il appartient, avant d'espérer quelque réparation.¹⁶

Ce principe est virtuellement identique en common law¹⁷. Un exemple récent d'une vaste collectivité aux prises avec ce problème l'illustre parfaitement, alors qu'un musulman a cherché réparation suite à un film peu flatteur pour l'ensemble des 600 millions de membres de cette religion¹⁸. La demande fut rejetée.

Dans l'état actuel des choses, ce n'est donc qu'accidentellement que la diffamation de collectivités se retrouvera sanctionnée en dommages et ce

14. [1915] 24 B. R. 69.

15. *Supra*, note 11.

16. VALLIÈRES, *supra*, note 3, p. 27.

17. WILLIAMS, *supra*, note 3, p. 20-21 ; ELDREDGE, *supra*, note 3, p. 54 s.

18. *Khalid Abdoullah Tariq al Mansour Faissal Fahd al Talal v. Fanning*, (1980) 506 F. Supp. 186 (U.S.C.A.).

uniquement parce que son caractère collectif prendra place au second rang, derrière une forme d'individualisation. En matière civile, par conséquent, il n'existe pas de diffamation de collectivités, seule étant reconnue ce que nous pourrions appeler, à défaut de mieux, la diffamation individuelle multiple, en sus de la diffamation pure et simple.

La même conclusion semble s'appliquer au recours créé par la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁹, bien que l'article 11 prescrive que :

Nul ne peut diffuser, publier ou exposer en public un avis, un symbole ou un signe comportant discrimination ni donner une autorisation à cet effet.

La mise en œuvre de cette disposition nécessite cependant une victime²⁰, ce qui nous force à revenir aux règles usuelles, soit un intérêt direct et personnel de la part d'un ou plusieurs individus séparément.

Le droit civil ne se limite cependant pas à la réparation et permet parfois d'autres remèdes non négligeables. Nous songeons ici à l'injonction, qui pourrait permettre d'interdire la propagation d'un message diffamatoire contre une collectivité, à défaut d'y remédier ou même de le prévenir.

En fait, présentement, il ne serait possible de recourir à l'injonction que dans une seule province, soit le Manitoba, et ceci parce que seul le Manitoba a prévu une disposition spéciale à cet effet, sans quoi cette possibilité serait inexistante :

The publication of a libel against a race or religious creed likely to expose persons belonging to the race, or professing the religious creed, to hatred, contempt or ridicule, and tending to raise unrest or disorder among the people, shall entitle a person belonging to the race, or professing the religious creed, to sue for an injunction to prevent the continuation and circulation of the libel [...]²¹

Soulignons que cette disposition ne fut employée qu'une seule fois depuis sa mise en vigueur, soit depuis 1934²².

Au Québec, la *Charte des droits et libertés de la personne* ne règle pas la question en l'absence de victime individualisée²³, ce qui laisse entier le problème de l'intérêt à poursuivre²⁴, inchangé qu'il s'agisse d'un recours en

19. L.R.Q., c. C-12.

20. *Id.*, article 49.

21. S.R.M. 1970, c. D20, article 19(1).

22. Voir FENSON, *supra*, note 9, p. 259-260.

23. Voir *supra*, note 11.

24. *Supra*, note 19, article 83. Une collectivité, en tant que victime, peut difficilement donner son consentement écrit à une injonction, comme le requiert l'article 83.

dommage ou en injonction. Notons, par ailleurs, que l'injonction est certainement possible pour une question de diffamation individuelle multiple, pour reprendre l'expression déjà utilisée, comme ce fut le cas dans l'affaire *Dubois*²⁵.

Pour ce qui est du domaine de compétence fédérale, plus spécifiquement en ce qui a trait aux télécommunications, la *Loi canadienne sur les droits de la personne*²⁶ permet au tribunal de rendre une ordonnance visant à mettre fin à un acte discriminatoire²⁷, ce qui pour nos fins nous reporte à l'article 13(1), soit :

Constitue un acte discriminatoire le fait pour une personne ou un groupe de personnes agissant d'un commun accord d'utiliser ou de faire utiliser un téléphone de façon répétée en recourant ou en faisant recourir aux services d'une entreprise de télécommunication relevant de la compétence du Parlement pour aborder ou faire aborder des questions susceptibles d'exposer à la haine, au mépris ou au ridicule des personnes appartenant à un groupe identifiable pour un motif de distinction illicite.

Cette disposition a été employée pour interrompre le service téléphonique d'un groupement utilisant ce moyen pour transmettre de la propagande haineuse²⁸.

La répression de la diffamation de collectivités ne passe donc qu'exceptionnellement par le droit civil, au Québec comme ailleurs. C'est donc vers le droit criminel qu'il faut se tourner, même si le droit civil peut potentiellement représenter une alternative valable, ce sur quoi nous reviendrons plus loin.

1.2. Les dispositions pénales

Seules deux séries de dispositions pénales retiendront notre attention, soit celles relatives au libelle diffamatoire²⁹ et à la propagande haineuse³⁰. La diffusion de fausses nouvelles³¹ pourrait également être considérée. Pour des motifs qui seront exposés ultérieurement, nous ne croyons pas que cette infraction ait sa place en matière de diffamation de collectivités³².

25. *Dubois c. La société St-Jean-Baptiste de Montréal*, [1983] C.A. 247.

26. S.C. 1976-77 vol. II, c. 33.

27. *Id.*, articles 41(2)a, 42 et 13.

28. Voir : *John Ross Taylor and the Western Guard party v. Canada*, (1984) 5 C.H.R.R., D/2097 (U.N.H.R.C.).

29. Articles 261 s. C.Cr.

30. Articles 281.1s. C.Cr.

31. Article 177 C.Cr.

32. L'affaire *Zundel* à récemment mis cette possibilité en lumière, voir : H.R.S. RYAN, « The Trial of Zundel, Freedom of Expression and the Criminal Law », (1985) 44 C.R. (3d) 334; *R. v. Zundel*, (1987) 35 D.L.R. (4th) 338 (C.A. Ont.).

Par ailleurs, nous ne croyons pas pertinent d'aborder la question de l'obscénité telle que prévue à l'article 159 du *Code criminel*. En incluant la pornographie et, *a fortiori*, l'obscénité dans les cas possibles de diffamation de collectivités, notre but est justement de trouver une alternative, s'il en est, à l'article 159 C.Cr. Il ne faut certainement pas conclure, cependant, que cet article n'a aucune utilité dans notre contexte puisqu'il peut indirectement avoir pour effet de prévenir une forme de diffamation, celle de la collectivité féminine. Reste que le but premier de cette disposition demeure, à notre avis, la protection de la moralité publique ce qui par définition ne comporte pas de distinction en faveur ou à l'encontre de quelque collectivité. L'article 159 C.Cr. subsistera donc, peu importe l'issue de nos discussions.

1.2.1. Le libelle diffamatoire

La diffamation criminelle est très proche de la diffamation civile. À première vue, on pourrait être tenté de conclure que la seule différence, hormis l'exigence de *mens rea*, réside dans la sanction distincte qui y est rattachée, de nature pénale plutôt que réparatrice. Nous croyons cependant qu'il faut distinguer quelque peu les objectifs respectifs des diffamations civile et criminelle, pour les comprendre et les interpréter correctement. Dans le premier cas, la protection des réputations est l'élément fondamental. Par contre, en matière criminelle, on s'intéresse beaucoup plus à la préservation de l'ordre public et l'on craint, par exemple, qu'une lutte verbale dégénère en violence pure et dure. Historiquement d'ailleurs la diffamation a été criminalisée pour prévenir le duel³³.

The consideration of major importance is not whether the defamed is likely to lose the respect of his fellow men and consequently suffer economic harm, but whether the safety and good order of the community may be jeopardized.³⁴

Puisque la diffamation de collectivités représente un risque d'émeutes ou d'affrontements de toutes sortes, il semble particulièrement approprié de regarder du côté du droit criminel pour en limiter l'usage. De plus, alors que préserver la réputation d'une collectivité est un objectif difficile à justifier, la paix sociale se doit d'être une préoccupation constante, surtout lorsque nombre d'individus sont impliqués. Reste à savoir si l'on peut lire l'interdiction de diffamer une collectivité à l'intérieur de l'actuelle infraction, définie comme suit, à l'article 262(1) C.Cr :

33. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Le libelle diffamatoire*, document de travail 35, Ottawa, Approvisionnement et services Canada, 1984, p. 54.

34. J. TANENHAUS, «Group Libel», (1950) 35 *Cornell L.Q.* 261, p. 266.

Un libelle diffamatoire consiste en une matière [...] de nature à nuire à la réputation de quelqu'un en l'exposant à la haine, au mépris ou au ridicule, ou destinée à outrager la personne contre qui elle est publiée.

Afin de déterminer l'applicabilité du libelle diffamatoire à la diffamation de collectivités, il faut s'interroger sur le sens de « quelqu'un » et de « personne »³⁵, à savoir si une collectivité ou seul un de ses membres est susceptible d'en être victime.

La définition donnée à « personne » semble certainement permettre le pluriel, comme cela est généralement le cas, s'appliquant entre autres aux « [...] habitants de comtés, paroisses, municipalités ou autres districts [...] »³⁶, ce qui a fait conclure à certains que des collectivités raciales ou religieuses pouvaient être des personnes, au sens du *Code criminel*³⁷. Le contexte semble pourtant réfractaire à cette interprétation, le libelle diffamatoire semblant nécessiter une cible déterminée, ce qui en soit n'est pas un obstacle au pluriel mais rend l'infraction difficilement applicable à un message haineux ou outrageant lancé à tous vents, comme l'est souvent la diffamation de collectivités. C'est ce qui explique les réserves exprimées relativement à l'applicabilité du libelle diffamatoire en la matière³⁸.

Faut-il donc convenir, un peu comme en matière civile, qu'en l'absence de particularisation il n'y a pas de libelle diffamatoire ? Peut-être bien, mais avec des conséquences distinctes. À la différence de la diffamation civile, un groupe peut être particularisé au criminel sans avoir une existence légale, aucune question d'intérêt n'étant ici en jeu, ce qui fait toute la différence au monde. Ainsi, s'il doit y avoir particularisation, ce sur quoi il n'est pas utile de se prononcer, elle n'a pas pour effet d'interdire tout recours mais uniquement d'exiger la preuve que la collectivité est exposée à la haine, au mépris ou au ridicule, en lieu et place de l'individu.

Bref, il nous semble que le libelle diffamatoire est un recours approprié aux fins de la répression de la diffamation de collectivités puisque la preuve de diffamation à l'encontre d'un ensemble, sans avoir à distinguer le degré d'atteinte personnellement subi par chacun, est considérablement simplifiée, ce qui augmente d'autant les chances de succès. Il demeure que cette disposition est actuellement inutilisée, ce qui a entraîné une proposition d'abolition pure et simple³⁹. Bien que le libelle diffamatoire soit en apparence

35. La version anglaise répète le terme *person*.

36. Article 2 C.Cr. « quiconque ».

37. FREIHEIT, *supra*, note 9, p. 144.

38. Voir : *Rapport du comité spécial de la propagande haineuse au Canada*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1966, p. 45.

39. Commission..., *supra*, note 33, p. 67.

inutile, en raison principalement de l'incertitude régnante quant à son application, nous nous permettons de souligner qu'il faudrait d'abord songer à en préciser la teneur de façon à faciliter ce recours, voire même l'encourager, ce qui lui donnerait une nouvelle vie. À tout événement il convient aussi de tenir compte d'un éventuel double emploi en regard des dispositions relatives à la propagande haineuse et d'éventuellement choisir non seulement le recours le plus approprié mais également le plus efficace, en ce qui a trait toujours à la diffamation de collectivités.

1.2.2. La propagande haineuse

Le droit de la diffamation traditionnel apparaissait impuissant face à la diffamation de collectivités :

La loi canadienne est nettement insuffisante quant à l'intimidation et aux menaces de violence dirigées contre les collectivités et presque complètement dépourvue de restrictions légales à la diffamation de groupes.⁴⁰

In a sentence, to date there have been no successful actions, civil or criminal, for the libeling of a large racial or religious group. The traditional law of defamation is so ineffective in combating the group libeler that he can speak his hatred virtually without risk of legal action.⁴¹

Pressé de palier à ce qui était ainsi présenté comme une grave lacune, le législateur a répondu aux inquiétudes en énonçant les dispositions du *Code Criminel* sur la propagande haineuse, constituant par le fait même un droit spécifique de la diffamation de collectivités.

Trois infractions distinctes ont été introduites : l'encouragement au génocide, l'incitation publique à la haine et la fomentation volontaire de la haine⁴². Dans tous les cas, ces infractions n'existent que lorsque commises à l'endroit d'un « groupe identifiable », défini à l'article 281.1(4) C.Cr comme étant une section du public différenciée par sa couleur, race, religion ou origine ethnique. Notons que cette définition correspond à celle que nous avons retenue pour « collectivités », à l'exception d'une différenciation par le sexe.

L'encouragement au génocide consiste à préconiser ou fomenter la destruction totale ou partielle d'un groupe identifiable, alors que l'incitation publique à la haine réfère plutôt à la possibilité d'entraîner une violation de la paix par l'incitation à la haine contre un groupe identifiable. Il apparaît

40. *Rapport...*, *supra*, note 38, p. 61.

41. TANENHAUS, *supra*, note 34, p. 276.

42. Respectivement 281.1, 281.2(1) et 281.2(2) C.Cr.

clairement que ces deux infractions sont de la nature de la diffamation pénale, une sorte de libelle diffamatoire collectif. La fomentation volontaire de la haine est cependant moins claire, bien que de même nature, en raison de l'absence de toute définition. Seuls plusieurs moyens de défense permettent de nous situer, définissant l'infraction par exclusion ⁴³.

Il est particulièrement intéressant de constater que beaucoup d'attention a été portée à la préservation de la liberté d'expression, bien qu'alors non constitutionnellement garantie, ce qui explique l'encadrement dans lequel furent placées les trois nouvelles infractions et surtout la présence de certaines défenses, favorisant la libre expression. Il fut en effet reconnu, préalablement à toute proposition législative, que la liberté d'expression est fondamentale et qu'il fallait prendre garde d'empiéter inconsiderément sur son domaine ⁴⁴. Mais d'un même souffle, il fut également constaté que si la liberté de s'exprimer profite pleinement à l'homme raisonnable, celui-ci est souvent victime de ses émotions et préjugés, ce qui diminue l'avantage recherché ⁴⁵. C'est dans ce contexte que l'on a choisi de limiter l'expression au profit de la protection d'autres intérêts sociaux, tel l'harmonie inter-raciale.

Nous sommes donc en présence de dispositions qui ont voulu équilibrer la liberté d'expression avec d'autres valeurs, et ce dès 1970, date de leur entrée en vigueur ⁴⁶.

La loi devrait être rédigée de façon à permettre la maximum de liberté d'expression conformément à son but et aux besoins d'une société libre. ⁴⁷

Reste à savoir si cet objectif a été atteint, compte tenu du nouveau contexte créé par la *Charte canadienne des droits et libertés*. C'est ce qui nous préoccupera dorénavant. Mais d'abord, rappelons que la protection de l'expression faisait à tout le moins l'objet d'une obligation morale, via la *Déclaration canadienne des droits* ⁴⁸, bien que la valeur de celle-ci demeurait incertaine. Il convient de noter également que certaines conventions internationales liant le Canada incitaient à une plus grande protection des collectivités ⁴⁹.

43. Article 281.2(3) C.Cr.

44. *Rapport...*, *supra*, note 38, p. 6 s.

45. *Ibid.*

46. *Loi modifiant le Code Criminel*, S.C. 1969-70 vol. I, c. 39, art. 1 (c. 11, Premier Suppl.).

47. *Rapport...*, *supra*, note 38, p. 63.

48. S.R.C. 1970, Appendice 111, art. 1 c).

49. *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, (1969) 660 R.T.N.U. 213; *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, (1951) 78 R.T.N.U. 279.

2. L'incidence des droits de la Charte

Face à la diffamation de collectivités, la *Charte canadienne des droits et libertés* génère des attitudes diverses, dont deux en particulier, chacune basée sur des prémisses opposées. Certains affirmeront que la liberté d'expression est fondamentale et que toute opinion, même détestable, doit être entendue, alors que d'autres souligneront que la diffamation de collectivités est une violence que notre société ne peut souffrir. Ceux-ci chercheront alors appui sur d'autres dispositions de la Charte, soit pour dire que ces dernières sont plus importantes et doivent l'emporter sur la liberté d'expression, prenant alors le pendant de leurs opposants, soit pour y chercher des motifs justifiant une limite à la liberté d'expression relativement à la diffamation de collectivités. Nous croyons que cette approche est préférable à la première, permettant de concilier éventuellement entre eux les droits et libertés garantis par la Charte plutôt que de les confronter⁵⁰.

Nous verrons donc, en premier lieu, quels motifs peuvent être invoqués au soutien des dispositions visant la répression de la diffamation de collectivités. Inversement, d'une manière plus positive, disons que nous verrons quelles dispositions de la Charte soutiennent l'objectif de protection des collectivités contre la diffamation. Par la suite, il sera approprié de se pencher sur la liberté d'expression elle-même de façon à déterminer s'il est nécessaire qu'elle soit limitée dans les circonstances, ou s'il est possible de parvenir à un équilibre permettant à la fois une expression libre et des collectivités en pleine possession de leurs droits.

2.1. La protection des collectivités

On ne peut parler de protection sans d'abord identifier les torts potentiellement causés aux droits des collectivités par la diffamation. Le premier est sans doute de leur nier tout droit à l'égalité, la discrimination étant inhérente à la diffamation de collectivités.

Plus important est probablement le fait qu'en attaquant systématiquement la réputation d'une collectivité, on en vient non seulement à lui refuser toute liberté de pensée et d'opinion mais également à fausser celle-ci pour l'ensemble de la société envers cette collectivité. La participation démocratique de celle-ci devient alors tout à fait illusoire.

50. D. GIBSON, « Reasonable Limits under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* », (1985) 15 *Man. L. J.* 27, p. 30.

Enfin, la diffamation comporte une notion de violence, soit en la générant, soit par elle-même, sinon des deux manières. Le droit à la sécurité de la personne pourrait bien lui être opposé.

2.1.1. Discrimination verbale et droit à l'égalité

L'article 15 de la Charte garantit une société sans discrimination. La diffamation de collectivités est-elle discriminatoire ?

Alors que l'on s'interrogeait encore récemment sur les mérites de la discrimination⁵¹, on ne s'est jamais penché sérieusement sur la nature réelle de la diffamation de collectivités. La diffamation raciale, qui n'est qu'un type de celle-ci, a cependant été définie ainsi :

[...] speech the very essence of which is to deny the freedom, dignity, and humanity of an entire class of people, and the stated goal of which is to destructively attack a target group by stimulating hatred and/or fear in others [...]⁵²

Pour faire le lien entre la discrimination, raciale ou autre, et cet énoncé, qu'il suffise de rappeler que les pires cas de discrimination se sont appuyés sur une diffamation systématique, rendant celle-ci partie prenante de l'horreur :

As anti-semitism, it nurtured the single most terrifying episode of the twentieth century — the Holocaust of Nazi Germany. It has been used to justify the genocide of Armenians in Turkey and Eritreans in Ethiopia.⁵³

La liste n'est certainement pas exhaustive, ne reprenant que les cas les plus connus, pour ne pas dire les plus horribles. On pourrait se demander également ce que sont devenus d'autres peuples, maintenant disparus ou en voie d'extinction.

En l'absence de contrôle, la diffamation de collectivités apparaît transmettre l'idée que l'égalité n'est pas un principe fondamental, qu'elle est bonne pour les autres⁵⁴. Aucun doute que cela se pose en contradiction avec l'article 15 de la Charte. Il nous apparaît en conséquence que la diffamation de collectivités est une part importante de la discrimination, sinon à son origine.

51. Un vibrant plaidoyer contre la discrimination est effectué par L. LUSKY, « Minority Rights and the Public Interest », (1942) 52 *Yale L.J.* 1.

52. K. LASSON, « Group Libel versus Free Speech : When Big Brother Should Butt in », (1984) 23 *Duq. L. Rev.* 77, p. 79.

53. *Id.*, p. 114.

54. R. DELGADO, « Words that Wound : A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name-Calling », (1982) 17 *Harv. C.R.-C.L.L.Rev.* 133, p. 141.

La pornographie peut illustrer le phénomène de l'inégalité par la diffamation plus efficacement que toute description. De manière très générale, la pornographie représente la femme comme soumise à la domination de l'homme. Dans les circonstances, inutile de dire que la femme, autant globalement qu'individuellement, se voit privée de toute dignité et est reléguée simultanément à un niveau inférieur, une seconde classe.

Pornography does this by eroticizing male domination and female subjugation and by portraying this unequal relationship as satisfying and desirable to both parties. It creates a false image of women [...]⁵⁵

Nul doute que la représentation de la femme est inexacte lorsqu'il s'agit de pornographie. Mais encore faudrait-il s'entendre sur la portée du terme, ce qui n'est nullement notre intention⁵⁶, puisqu'à la limite de l'érotisme la femme retrouve un rôle plus acceptable.

Cela suffit-il à déterminer que la pornographie est une forme de diffamation de collectivités? Certains prétendent, afin d'écarter cette possibilité, qu'elle n'est pas plus favorable à l'homme qu'à la femme, le présentant sous un jour tout aussi faux et qu'à tout événement la pornographie ne vise pas à discriminer la femme, qu'elle a d'autres objets, quels qu'ils soient.

By definition, a group libel law must protect something less than the entire population. Without an element of exclusivity or inclusivity, the act ceases to be either a group libel law or a civil rights law. It becomes, instead, a calculated attempt to suppress literature, art, and speech merely because it offends.⁵⁷

Nous ne pouvons accepter cet argument pour la raison qu'il prend pour prémisse que l'homme et la femme sont traités également dans le discours pornographique, ce qui nous apparaît faux. S'il est admissible de dire que l'homme est lui aussi diffamé par la pornographie, c'est à un moindre degré. Dans ce cas, la pornographie devient plutôt coupable de diffamation envers deux collectivités en même temps, les deux sexes. Deux maux ne feront jamais un bien.

Le droit à l'égalité, nous le soumettons, ne peut pas se limiter à l'égalité dans les actes. Pour donner tout son sens à l'article 15, il ne faudrait pas permettre de créer des inégalités ou de maintenir celles déjà existantes au moyen de la diffamation de collectivités.

55. « Anti-Pornography... », *supra*, note 6, p. 475.

56. Pour la plus récente tentative, voir : P.L. C-54, deuxième session, trente-troisième législature, 35-36 Elizabeth II, 1986-87, article 1.

57. W.E. BRIGMAN, « Pornography as Group Libel: the Indianapolis Sex Discrimination Ordinance », (1985) 18 *Ind. L. Rev.* 479, p. 496.

2.1.2. Réputation et liberté d'opinion

Une réputation, qu'elle soit juste ou non, est de la nature d'une opinion. C'est, en quelque sorte, une opinion qui a fait son chemin et s'est imposée comme norme, dominant les autres. L'article 2 b) de la Charte, en sus de la liberté d'expression, garantit également les libertés de pensée et d'opinion. Dans quelle mesure la propagation d'opinion, au point où on l'impose à la population, affecte-t-elle ces libertés ? La diffamation de collectivités serait-elle l'antithèse de libertés garanties de concert avec la liberté d'expression ?

La diffamation de collectivités agit sur l'opinion à deux niveaux : l'opinion de la population par rapport à une collectivité donnée et l'opinion qu'ont les membres de cette collectivité d'eux-mêmes. Il est préférable d'en traiter séparément.

La réputation faite à une collectivité s'impose à tous ses membres, se transmettant à chaque individu comme s'il ne pouvait être différent, comme s'il n'existait qu'en tant que partie d'un tout sur lequel est greffé un trait caractéristique. L'individu voit ainsi affectées ses chances de se faire une place au soleil. Son impact peut se faire sentir tant au niveau de l'éducation qu'au niveau social et économique.

The position of the racial and religious groups in question, as regards their security, or the opportunities of its members in housing, education, employment or the ease with which they can enter into social relations with the majority of the population, is greatly affected by the opinion had of them.⁵⁸

On se rappellera, en effet, qu'il est devenu difficile pour un chauffeur de taxi noir de gagner sa vie à Montréal. Or, en dehors d'attitudes franchement racistes d'une partie de la population, une grande part du problème vient de ce que plusieurs d'entre eux ont malheureusement cherché leur chemin dans la ville, aux dépens de leurs clients. De là à conclure qu'ils prenaient le plus long chemin volontairement, dans le but d'escroquer ces clients, il n'y avait qu'un pas qui fut franchi allègrement. Ironiquement, c'est lorsqu'ils commençaient à bien connaître la ville qu'ils durent rechercher une nouvelle occupation.

La diffamation de collectivités ne s'adresse pas à la raison, mais au préjugé⁵⁹. Elle cherche à exploiter la différence existante, celle qui distingue une collectivité, pour y relier une autre caractéristique.

58. FREIHEIT, *supra*, note 9, p. 149-150.

59. « Group Vilification Reconsidered », (1979) 89 *Yale L.J.* 308, p. 311.

These groups, made identifiable by their having a philosophy, a doctrine or certain physical traits supposed common to their members, are treated as real things, to which characteristics are attributed and attitudes taken. It is in this sense that one may speak of the «reputation» of such groups.⁶⁰

Dans le cas des chauffeurs de taxi, on a inconsciemment ignoré le fait que tout nouveau chauffeur de taxi, surtout s'il n'est pas né dans la ville où il travaille, a besoin d'une période d'apprentissage. Il ne faudrait sans doute pas longtemps pour trouver un chauffeur blanc qui cherche sa destination désespérément, sauf qu'on s'en prendra seulement à l'individu et qu'il sera peut-être pardonné plus facilement, ce qui n'est pas des plus rationnel, admettons-le.

Mais cet exemple ne fait qu'illustrer le phénomène sur une petite échelle, nous permettant d'attirer l'attention sur le rôle du préjugé dans la diffamation de collectivités. Son origine prend d'autant plus d'importance.

[...] in a state wherè there is a compulsory education program in which the state selects the teachers, the methods of teaching, the curriculum, and the books, the state clearly, to some extent, controls the thoughts and beliefs of the students. The controls placed on the students' thought by such a program may enhance their ability to reason, or may be used to instill beliefs and values in the students, without giving them the opportunity to consider the alternatives.⁶¹

Cet endoctrinement n'est pas nécessairement volontaire, en fait il l'est probablement rarement, mais le résultat demeure : les Amérindiens sont des sauvages pour plusieurs d'entre nous⁶². La correspondance que l'on peut faire avec l'image qui est présentée de la femme, de temps immémoriaux, est également plus qu'intéressante : tant et aussi longtemps que la femme est «[...] less equal, less valuable and less worthy [...]»⁶³, on ne parviendra pas à une société égalitaire ; tant que sera maintenue dans notre quotidien le faux idéal de la femme soumise, il y a lieu de croire que la participation plus grande de celle-ci dans notre société demeurera illusoire, sa crédibilité étant minée à l'avance. Précisons que nous ne parlons pas uniquement de pronographie, bien qu'une large part de celle-ci puisse être ici en question. C'est à un véritable lavage de cerveau que nous faisons face, empêchant chacun de se faire une opinion différente de celle qui est généralement admise et niant toute possibilité de penser quelque chose de neuf, toute liberté. Ce n'est pas dans les gènes que s'inscrit l'inégalité, mais dans la culture.

Si la diffamation de collectivités a un tel effet négatif sur la majorité et sur la liberté de chacun, celui-ci est encore plus dramatique chez ceux qui en sont

60. FREIHEIT, *supra*, note 9, p. 149.

61. A.R. REGEL, «Hate Propaganda: A Reason to Limit Freedom of Speech», (1984-85) 49 *Sask. Law Rev.* 303, p. 305, annotations omises.

62. *Supra*, note 2.

63. MAHONEY, *supra*, note 6, p. 53.

victimes. On peut effectivement être porté à croire que les membres d'une collectivité diffamée en viennent eux aussi à admettre ce que l'on dit d'eux. Si ce n'était que cela, sans être acceptable, il serait peut-être possible de le tolérer, puisque leur situation ne serait pas tellement différente de l'ensemble.

Mais il semble que, en sus de se former une opinion faussée d'eux-mêmes, ces individus sont atteints au plus profond de leur personnalité en se diminuant constamment, en se sous-estimant. Ils ressentent alors un besoin de se dissocier d'un groupe auquel ils ne veulent surtout pas appartenir, ce qui inévitablement conduit à la haine, la violence ⁶⁴, ou encore :

The affected person may react by seeking escape through alcohol, drugs, or other kinds of anti-social behavior. The rates of narcotic use and admission to public psychiatric hospitals are much higher in minority communities than in society as a whole. ⁶⁵

Cette situation n'est pas sans affecter encore plus la perception que la majorité, les biens-pensants, auront de ces collectivités. Et, comme si ce n'était pas suffisant, s'ajoute le fait que cette opinion d'eux-mêmes, en tant que collectivité, se propage d'une génération à l'autre :

One of the most troubling effects of racial stigmatization is that it may affect parenting practices among minority group members, thereby perpetuating a tradition of failure. [...] Such self-conscious, hypersensitive parents, preoccupied with the ambiguity of their own social position, are unlikely to raise confident, achievement-oriented, and emotionally stable children. ⁶⁶

Encore une fois, pour compléter la boucle, ajoutons que le faible taux de succès professionnel ou scolaire créé par cette situation entretient les préjugés, bref, que la discrimination s'entretient d'elle-même.

À nouveau, la diffamation de collectivités se répercute sur l'ensemble. Dès qu'une partie de la société est non seulement déconsidérée mais ne croit plus en elle-même, c'est toute la notion de démocratie qui est en jeu.

[...] when individuals cannot or choose not to contribute their talents to a social system because they are demoralized or angry, or when they are actively prevented by racist institutions from fully contributing their talents, society as a whole loses. ⁶⁷

[...] racism excludes minorities from participating in the contemplation of public issues because [...] they have been demoralized by repeated victimization. ⁶⁸

64. REGEL, *supra*, note 61, p. 311 ; « Group Vilification Reconsidered », *supra*, note 59, p. 314 ; DELGADO, *supra*, note 54, p. 137 ; *Rapport...*, *supra*, note 38, p. 30 et 217 s.

65. DELGADO, *supra*, note 54, p. 138.

66. *Ibid.*

67. *Id.*, p. 142.

68. *Id.*, p. 179.

La démocratie, essentiellement, est basée sur la possibilité offerte à chacun de s'exprimer, de contribuer et de participer au bien-être général. Or de nos jours, l'individu a peu de chances de se faire entendre s'il ne peut représenter le consensus d'un groupe plus large. Dès le moment où on ignore certains de ces groupes, de fait les plus importants d'entre eux, après la majorité silencieuse, parce que leur opinion est discréditée à l'avance, le processus démocratique est faussé et la société ne se gouverne que selon les intérêts des classes dirigeantes, habituellement blanches, chrétiennes et mâles, en autant que le Canada est concerné. Dans un pays de plus en plus diversifié, la diffamation de collectivités mène à une société bornée, partielle, une société en désintégration⁶⁹.

On voit donc à quel point il est important, voire essentiel, de laisser chacun se valoriser en tant qu'individu. Souvent, cela ne peut se faire qu'en tant que membre d'une collectivité, là où toujours les mêmes ont le beau rôle. Permettre la diffamation de collectivités, c'est non seulement priver l'ensemble de la population de sa liberté d'opinion, c'est surtout interdire virtuellement toute opinion positive, toute pensée indépendante pour une grande partie de celle-ci. Dans les circonstances, il n'est pas étonnant de constater l'intérêt que génère le moindre accomplissement nouveau d'un noir ou d'une femme. Dans les deux cas, il est essentiel de renverser les conceptions préétablies et de souligner l'exemple de ces précurseurs, modèles pour l'avenir et seule chance de renverser les préjugés collectifs. Raisons de plus pour ne pas enterrer ceux-ci sous un déluge d'expressions diffamatoires.

2.1.3. Conflits sociaux et droit à la sécurité

Ce n'est pas d'hier, aux États-Unis, que l'on prétend que certains mots sont violents de nature et sont susceptibles en sus de provoquer une réplique physique⁷⁰. Peu après, on a associé une forme de diffamation de collectivités à ce type d'expression⁷¹.

En droit canadien, la Charte semblerait protéger tous et chacun contre ce risque, par le biais de l'article 7 et l'aspect sécurité de la personne qui y est énoncé. Mais la difficulté n'est pas tant de savoir s'il y a lieu de mettre en parallèle diffamation de collectivités et sécurité que de s'assurer que le risque est réel, qu'il y a violence ou danger de violence⁷².

69. R.B. WILSON, « *Beauharnais v. Illinois*: Bullwark or Breach? », (1952) 14-4 *Current Econ. Comment* 59, p. 68 s. Voir également L.P. BETH, « Group Libel and Free Speech », 39 *Minn. L. Rev.* 167, 174 s. (1955).

70. *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, p. 571 (1942).

71. *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250, p. 255-258 (1952).

72. Voir en guise d'exemple l'affaire *Dubois*, *supra*, note 26, p. 253-254.

Parler de la violence en relation avec la diffamation de collectivités, c'est parler de plusieurs violences à la fois, certaines relatives à toute diffamation, d'autres spécifiques à notre problème. En premier lieu, l'expression même peut être blessante, bien que la douleur demeure au niveau de l'émotion. Deuxièmement, elle est susceptible de susciter la colère de ceux qui ont été blessés et ceux-ci, plutôt que d'user de paroles, peuvent choisir une réponse plus forte. Enfin, dans d'autres circonstances, l'expression peut avoir pour effet de soulever la masse pour l'amener à violenter des tiers. Ce dernier cas est typique de la propagande haineuse.

Dans tous les cas, on ne peut déterminer à l'avance l'impact réel qu'aura le discours et bien souvent on ne saura jamais quelle était l'intention de son auteur. Pourtant, la majorité des conflits qui ont dégénéré violemment ont commencé par la perpétuation de stéréotypes, verbalement ou par écrit, surtout au moyen de pamphlets⁷³. Souvent, le conflit naissait parce que la solution proposée à un problème social, associé à un stéréotype, consistait à prôner une doctrine jugée inacceptable, l'élimination des Juifs étant l'exemple le plus parfait. Or, si l'on peut ne pas partager l'opinion des auteurs de telles doctrines — c'est à espérer ! — cela ne donne tout de même le droit à personne de les lyncher. Quelle que soit la violence du discours, elle n'excusera jamais la violence de la réplique.

Nous n'aboutirons cependant nulle part en nous demandant qui est le plus fautif lorsque la violence éclate. Constatons donc, d'une part, que la diffamation de collectivités peut, dans certaines circonstances, être le prélude d'une violence plus frappante. D'autre part, admettons que la violence morale est elle aussi dommageable, même si cela devait être à un moindre degré. Quant au risque lui-même, il faut convenir qu'il est insidieux et qu'il vaut peut-être mieux le prendre trop au sérieux que de se réveiller trop tard.

The serious evil of racial and religious slurs is the extraordinary hatefulness and ugliness of the ideas they espouse and the more remote danger that these ideas will be accepted and acted upon by some groups of fanatics, or perhaps even by an entire nation.⁷⁴

Inutile d'ajouter que cette possibilité s'est historiquement réalisée. Ajoutons que dans certains cas il faudra distinguer entre l'expression d'une opinion honnête et la diffamation de collectivités, sujet sur lequel nous reviendrons, et éviter de les confondre, même si la violence peut devenir leur point commun⁷⁵.

73. M.E. FIELDS, «Constitutional Law: Validity of Group Libel Laws: *Beauharnais v. Illinois*», (1953) 38 *Cornell L. Q.* 240, p. 243. Voir aussi MAC GUIGAN, *supra*, note 1.

74. S.W. GARD, «Fighting Words as Free Speech», (1980) 58 *Wash. U.L.Q.* 531, p. 547.

75. Voir LASSON, *supra*, note 52, p. 120 s. ainsi que D.A. DOWNS, «Skokie Revisited: Hate Group Speech and the First Amendment», (1985) 60 *Notre-Dame L. Rev.* 629, p. 657.

Enfin, plusieurs ont tenté de prouver que la pornographie sanctionne, sinon promeut, la violence contre la femme ⁷⁶. N'insistons pas plus, sauf pour répéter qu'il vaut sans doute mieux prendre cette possibilité au sérieux, jusqu'à preuve du contraire.

La diffamation de collectivités recèle donc, potentiellement, un danger pour la sécurité. Cette constatation s'ajoute aux autres pour nous convaincre qu'elle n'a pas sa place dans notre société, qu'elle est fondamentalement néfaste.

2.2. La protection de l'expression

Il est plus aisé de conclure que l'on n'a pas besoin de la diffamation de collectivités que de trouver une solution au problème de son élimination. On peut alors débattre de son interdiction, purement et simplement, ce qui vient choquer les tenants de l'expression libre et absolue, ou encore les laisser nous convaincre que la liberté d'expression elle-même recèle les valeurs fondamentales qui permettront la disparition en douceur, sans contrainte, de la diffamation sous toutes ses formes.

2.2.1. La libre discussion des idées

Un des fondements de la liberté d'expression est à l'effet que la vérité provienne de la libre discussion. Peut alors être discutable toute opinion ou idée même, en fait surtout, si elle n'est pas généralement acceptée. L'exemple de la discrimination est éclairant : si la Charte prend le parti de déclarer que celle-ci n'est pas « vérité », à l'article 15, elle n'exige pas pour autant que l'on cesse de s'interroger sur cette question. Autrement dit, on croit généralement que la société se portera mieux sans discrimination ; que ceux qui pensent autrement se lèvent et parlent. Il est toutefois tentant, convaincus que nous sommes de la justesse et la vérité d'une société égalitaire, d'interdire la parole à ceux qui veulent exercer leur liberté d'expression sur ce genre de sujet ⁷⁷.

Le problème, face à la diffamation de collectivités, est qu'il est souvent délicat de séparer l'opinion de la provocation. Affirmer que les hommes ne sont pas égaux possède ces deux connotations : une opinion politique ou scientifique et une attaque contre l'intégrité d'une partie de l'humanité. Si la première se doit d'exister, la seconde est tout à fait inacceptable. Chaque idée

76. HOFFMAN, *supra*, note 6, p. 498.

77. À titre illustratif, voir : *Bancroft v Governing Council of the University of Toronto*, (1986) 24 D.L.R. (4th) 620.

impopulaire présente le même dilemme. Doit-on, par exemple, supporter la violence du discours, au nom de la liberté d'expression ?

[...] certain virtues, particularly right thinking and right speaking, cannot be mandated by government. [...] Ideas, no matter how offensive or injurious, must be scrupulously protected against regulation, both direct and indirect. For the triumph of virtue, in speaking and in thinking, we must rely on education and, perhaps, Providence.⁷⁸

Racial defamation is shielded by first amendment, the argument goes, for the same reasons that other abhorrent speech is protected : first, because an opinion (not necessarily the « truth ») is best arrived at in the free exchange of discussion and persuasion ; and second, because the risk to democracy from any form of « prescreening » far outweighs the benefit of not having to deal with unpopular, alarming, obnoxious, or shocking ideas.⁷⁹

Sans doute que cette vision des choses est plus facile à adopter pour celui qui n'est pas victime de diffamation. Reste à savoir, malgré tout, s'il existe une idée, une opinion politique, voire une proposition de changement dans la diffamation de collectivités.

En présence d'insultes, qu'elles soient raciales ou sexistes, il est difficile de trouver quelque substance ou mérite que ce soit, pas plus qu'il n'est possible de justifier un assaut physique⁸⁰. Celui ou celle qui insulte une collectivité n'a aucune autre intention que de blesser ses victimes⁸¹. La diffamation de collectivités se présentant souvent sous forme d'insulte, elle devrait dans ce cas être distinguée de l'expression d'un point de vue sur la discrimination.

Il ne faudrait cependant pas croire que la question est réglée ! Il resterait toujours à distinguer l'insulte de toute autre expression, ce qui dans les faits peut s'avérer complexe. En guise d'exemple, rappelons que dans l'affaire *Dubois*⁸² toute la problématique se résumait à découvrir si l'accusation de « traîtres » était insultante ou si elle était politique.

Il n'y a donc pas de solution toute faite à cette controverse. Le seul guide pour nous inspirer est certainement d'exercer la plus grande prudence possible dans toute intervention relative à l'expression, ce qui nous ramène au

78. R.D. BERNSTEIN, « First Amendment Limits on Tort Liability for Words Intended to Inflict Severe Emotional Distress », (1985) 85 *Columbin L. Rev.* 1749, p. 1785.

79. LASSON, *supra*, note 52, p. 121-122.

80. *Id.*, p. 122.

81. DELGADO, *supra*, note 54, p. 175.

82. *Supra*, note 26.

cas par cas et nous avait été suggéré bien avant la Charte⁸³. Rien de bien nouveau, en conséquence, puisqu'il faut toujours éviter de censurer, même en présence d'une position impopulaire, donc éviter toute intrusion dans le domaine de la liberté d'expression⁸⁴.

2.2.2. Favoriser plus d'expression

Face au risque de limite abusive de la liberté d'expression, un deuxième fondement de celle-ci vient confirmer le désir de s'abstenir : il vaut mieux avoir trop d'expression que pas assez, c'est-à-dire que l'expression contient son propre remède. On songe alors à deux possibilités en particulier, soit d'abord de répondre à la diffamation de collectivités, ou encore de promouvoir, par l'éducation populaire, les principes d'égalité. L'effet souhaité est de neutraliser la diffamation et ses aspects négatifs, prétendant encore une fois que la vérité se dégagera d'elle-même, que le « bien » triomphera. Cette vision idéaliste, en fait, n'ajoute qu'une chose : plutôt que de simplement laisser faire et espérer, on intervient pour susciter une réponse dans le sens voulu, en usant de la même arme. L'expression, de passive, prend désormais une connotation active.

Est-il possible de répondre à la diffamation de collectivités, de réfuter les attaques qu'elle contient ? Évidemment, il n'est pas question de répondre à un discours blessant par une autre blessure, physique ou non⁸⁵. Ce n'est pas le type de réponse qui est envisagé. Mais lorsque l'on est en présence d'un message dont le contenu incite à la discrimination ou tend à discréditer, il est tout à fait possible de rétorquer et de démontrer que ces propos sont injustifiés⁸⁶. Exemplifier les accomplissements des membres de diverses collectivités, les valoriser, est une façon d'y arriver, de même que souligner l'apport de ceux-ci pour la société dans son ensemble.

Il reste que les victimes sont incapables de fournir elles-mêmes cette réponse, sinon par leurs actions, leur position étant déjà diminuée par la diffamation. Les récriminations des femmes, par exemple, sont souvent mal

83. *Boucher c. The King* (1951) R.C.S. 265, p. 288. Voir aussi : E.G. HUDON, « Expressions incitant à la violence : le droit américain, le droit canadien et l'affaire *Dupuis* (sic) c. *La Société St-Jean-Baptiste de Montréal* », (1986) 17 R.G.D. 513 ; A. LEWIS, « *New York Times v. Sullivan* Reconsidered, Time to Return to "The Central Meaning of the First Amendment" », (1983) 83 *Columbia L. Rev.* 603.

84. BERNSTEIN, *supra*, note 78, p. 1785.

85. Voir DELGADO, *supra*, note 54, p. 177.

86. BERNSTEIN, *supra*, note 78, p. 1754.

acceptées, alors que les faits leur donnent souvent raison par la suite. Quand une victime rouspète, on préfère souvent ne pas l'écouter, la laisser faire sa petite révolution. On tolère par contre fort mal un discours bien senti.

However they may feel about their imposed status, they may not safely express their feelings in public. What they say about the powerholders must at least seem to be respectful if not admiring, submissive and servile.⁸⁷

Nous nous retrouvons en conséquence enfermé dans un cercle vicieux où celui qui diffame est en position d'autorité par rapport à ses victimes, assuré que celles-ci ne pourront pas se défendre efficacement. Il n'est jamais bien difficile de tirer sur un aveugle. La victime, dans ces circonstances, sera toujours perçue comme se plaignant pour un rien, comme exagérant sa situation. On oublie rapidement à quel point sa situation diffère de la norme, si l'on peut l'exprimer ainsi. Enfin, il ne faut pas oublier qu'en sus de ne présenter que bien peu d'intérêt, une réponse d'une victime présente le risque de provoquer une escalade de laquelle les premières victimes ont toutes les chances de sortir perdantes, pendant que ceux qui ont le dessus en profiteront pour les écraser un peu plus⁸⁸.

La réponse, cela apparaît de plus en plus clairement, ne pourra provenir que de la société elle-même pour être efficace, possiblement par gouvernement interposé et sous forme d'éducation des masses⁸⁹. On croit généralement que la diffamation de collectivités ne subsiste que parce que le milieu est réceptif, qu'il est disposé à admettre la véracité des caractéristiques négatives qui sont accolées à une collectivité. Si l'on enseigne, dès l'école primaire, par exemple, les principes d'égalité, peut-être que l'ensemble de la population en viendra d'abord à douter des associations qui lui sont proposées, plutôt qu'intuitivement admettre leur possibilité. Bref, si au lieu de tomber en terrain fertile, la diffamation tombe en milieu réfractaire, milieu dont les valeurs sociales ont été développées, alors elle deviendra sans portée, sinon sans objet⁹⁰, du moins à long terme.

S'il est possible de croire à l'efficacité d'un tel stratagème, il ne résoud aucunement le problème présent. Dire aux diverses collectivités que leurs petits-enfants ne souffriront plus mais qu'ils doivent endurer d'ici là ne soulagera sans doute pas beaucoup. On peut s'interroger également sur les moyens qui peuvent servir à enseigner l'égalité ; compte tenu que les préjugés

87. H.M. KALLEN, « "Group Libel" and Equal Liberty », (1968) 14 *N. Y. L. F.* 1, p. 4.

88. DELGADO, *supra*, note 54, p. 146.

89. *Rapport...*, *supra*, note 38, p. 251 s.

90. Voir généralement : H. W. ARTHURS, « Hate Propaganda — an Argument against Attempts to Stop it by Legislation », (1970) 18 *Chitty's L.J.* 1, p. 4 ; REGEL, *supra*, note 61, p. 315.

sont profondément ancrés dans l'inconscient commun, il faut être disposé à attaquer sur tous les fronts, de l'école à la télévision. Autrement, ce qui est gagné d'un côté sera détruit de l'autre.

Enfin, il ne faut surtout pas négliger l'effet éducatif de la loi elle-même⁹¹, *a fortiori* de la Charte, lorsqu'interprétée. Dès le moment où la diffamation de collectivités devient interdite, l'inconscient travaille à la conclusion que cela doit être mal et, progressivement, sera moins réceptif à un message qu'il percevra comme incorrect. Cette dernière remarque permet de noter que l'éducation par la loi présente l'avantage immense de ne ressembler aucunement à de l'endoctrinement, comme peut le faire penser l'éducation scolaire ou la publicité institutionnelle. L'endoctrinement étant lui-même suspect face aux libertés de pensée et d'opinion, il conviendrait de s'en tenir le plus loin possible⁹².

Convient-il de combattre l'expression par l'expression ? Si cette lutte doit passer par la loi, elle nécessite une entrave à la liberté d'expression. Par ailleurs, si elle contrevient à d'autres libertés, celles que nous avons vues antérieurement incluses, il faudra songer à prendre une décision, décider à quel endroit on pose une limite, et quelle limite sera la plus efficace, la moins restrictive.

3. L'interprétation des droits de la Charte

Devant la nécessité de choisir l'intervention la plus juste, ou de déterminer la justesse des interventions actuelles, il n'est d'autres chemins que de d'abord s'assurer de l'interprétation correcte des dispositions de la Charte et surtout des interrelations de celles-ci.

S'il est un principe d'interprétation reconnu, c'est bien celui de rechercher l'intention derrière le texte, en l'occurrence l'intention du constituant lorsqu'il a proclamé la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le texte même peut parfois nous donner des indications à cet effet, sous forme de déclarations, bien que l'exacte portée de celles-ci demeure souvent difficile à saisir. Deux dispositions de la Charte sont pertinentes au problème de la diffamation de collectivités, chacune concernant des types différents de celle-ci. Voyons d'abord l'article 27, en relation avec la diffamation fondée sur la race, l'ethnie ou la religion, suivi de l'article 28, en relation cette fois avec la diffamation fondée sur le sexe.

91. *Rapport...*, *supra*, note 38, p. 32 et 229 à 235.

92. REGEI, *supra*, note 61, p. 315.

3.1. Le multiculturalisme

L'article 27 est exceptionnel à l'intérieur de la Charte en ce sens qu'il porte sur un droit collectif. Plus précisément, l'article 27 vise à conférer à toutes les autres dispositions de la Charte un sens particulier lorsqu'un droit est réclamé en raison de son appartenance à une collectivité, par opposition à un droit réclamé sans égard à celle-ci⁹³. En effet, un patrimoine culturel n'est jamais l'apanage d'un unique individu⁹⁴. Il est en conséquence spécialement approprié d'en considérer l'application en fonction de la diffamation de collectivités.

27. Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.

Bien que l'on ait prétendu que l'impact réel de l'article 27 soit à peu près nul⁹⁵, nous croyons qu'une lecture de cette disposition dans un contexte comme le nôtre lui donne un aspect différent. Voici ce que cela donne sous cet éclairage nouveau :

— Toute interprétation de la liberté d'expression doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des canadiens.

Ou encore :

— Chacun a les libertés fondamentales suivantes, conformément avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des canadiens : liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression...

Chaque autre liberté pourrait également faire l'objet d'une opération similaire. Or comme nous en avons largement discuté, la diffamation de collectivités a pour effet de créer ou de maintenir des distinctions et exclusions de nature discriminatoire, sans compter qu'elle tend à dévaloriser l'apport de certaines collectivités à la société, sinon l'interdire. Selon toutes les apparences, la diffamation de collectivités est une contradiction totale de ce que prescrit l'article 27. Puisque cette disposition nous oblige à interpréter l'expression sous un angle particulier, nous sommes forcés de conclure que la diffamation de collectivités n'est pas expression, au sens de la Charte puisqu'elle a pour

93. W.S. TARNOPOLSKY, «The Equality Rights in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*», (1983), 61 *Rev. du Bar. can.* 242, p. 259 s.

94. J. WOEHRLING, «La Constitution canadienne et la protection des minorités ethniques», (1986) 27 *C. de D.* 171, p. 178, note 19.

95. TARNOPOLSKY, *supra*, note 93, p. 262 s. Voir cependant *R. c. Big M. Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295.

effet de dévaloriser le patrimoine multiculturel, sauf exceptions. La liberté d'expression est désormais qualifiée, un peu comme l'est la liberté de réunion *pacifique*, à l'article 2c).

C'est dans ses relations avec l'article 1 que cette interprétation prend toute son importance, puisque l'article 27 vient en quelque sorte limiter la liberté d'expression sans recourir à l'article 1. En matière de diffamation de collectivités, cet important article est virtuellement court-circuité, puisqu'une limite est déterminée à l'avance comme raisonnable, en sus de toute autre susceptible d'être identifiée par la voie normale que constitue l'article 1. En conséquence, il est possible de légiférer à l'encontre de la diffamation de collectivités sans enfreindre la liberté d'expression, en raison de l'article 27⁹⁶.

Mais encore vaut-il mieux comprendre les raisons pour lesquelles le constituant a ainsi coloré la Charte : utiliser l'article 27 sans en saisir son essence serait illogique. L'article 27, à notre avis, ne cherche pas à conférer les mêmes droits à tout le monde, comme le reste de la Charte, mais à équilibrer ceux-ci en transmettant à chacun les mêmes pouvoirs, et en particulier aux membres des différentes entités culturelles qui forment le Canada :

[...] étant donné que minorité et majorité ne se trouvent évidemment pas dans des situations comparables et qu'un même traitement appliqué à deux situations différentes produit l'inégalité plutôt que l'égalité.⁹⁷

Par ailleurs, cette vision des choses est en accord avec l'article 1, lui aussi interprétatif, dans une certaine mesure, puisqu'un critère fondamental de l'idéale société libre et démocratique est en réalité précisé par 27. La société démocratique se devant d'être égalitaire, on doit lire 27 comme indiquant que cet objectif ne sera atteint que si l'on favorise l'épanouissement du multiculturalisme.

Equality in rights is not the same as equality in power; and in a free society, justice demands equality in power before the law.⁹⁸

La Charte nous indique donc la route à suivre et celle-ci, en ce qui a trait à la diffamation de collectivités, du moins lorsque fondée sur la race, l'ethnie ou la religion, ne passe pas par la liberté d'expression.

3.2. L'égalité des sexes

C'est presque avec regret que nous avons séparé les types de diffamation de collectivités, bien que l'article 28 puisse rétablir une certaine unité de

96. WOEHRLING, *supra*, note 94, p. 177.

97. *Id.*, p. 173.

98. KALLEN, *supra*, note 87, p. 5-6.

traitement. Celui-ci est pourtant considérablement différent de l'article 27 et c'est avec prudence qu'il doit être abordé.

28. Indépendamment des autres dispositions de la présente charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes.

Il n'est pas sans intérêt de reprendre l'exercice effectué avec l'article 27 pour mieux comprendre l'article 28 dans son application envers le sujet qui nous concerne. En conjonction avec l'article 2b), toujours, nous obtenons les résultats suivants :

— Indépendamment des autres dispositions de la présente charte, la liberté d'expression est garantie également aux personnes des deux sexes.

— Chacun a les libertés fondamentales suivantes, garanties également aux personnes des deux sexes : liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression...

Il est certain que l'article 28 nous permet d'affirmer que la liberté d'expression est garantie également aux deux sexes. Reste à savoir ce que signifie cette déclaration : s'agit-il d'une liberté égale de s'exprimer ou d'une expression également libre ? Est-ce la liberté qui est garantie égale ou l'expression ? La nuance est d'importance ; à notre avis c'est dans ses effets pratiques que se trouve la solution.

C'est, en temps normal, uniquement par l'article 1 de la Charte que peut être limitée une liberté, telle la liberté d'expression. Il est alors garanti que seul un motif raisonnable et justifiable dans une société libre et, surtout, démocratique pourra permettre une limite. Serait-il possible, même en l'absence de l'article 28, de considérer justifiée une limite à la liberté d'expression fondée sur le sexe de la personne qui s'exprime ? Permettons-nous d'en douter fortement. À notre avis, une société ne peut à la fois être démocratique et limiter l'expression des femmes, pour quelque raison que ce soit. Leur droit de parole global ne peut donc être limité par l'effet de l'article 1. Il convient donc de rechercher ailleurs la portée de l'article 28, puisqu'il est permis de croire que le constituant n'a pas parlé pour ne rien dire. Pour lui donner une utilité, il faut plutôt opter pour l'expression égale que pour l'égalité dans le droit de s'exprimer.

Que serait alors la portée de l'article 28, ou encore, que signifie « expression égale » ? Contrairement à l'impression première, l'égalité se doit d'être qualitative et non pas quantitative⁹⁹. La raison en est bien simple : la Charte ne peut

99. K.J. DE JONG, « Sexual Equality : Interpreting Section 28 », dans : A.F. BAYEFSKY, and M. EBERTS, (ed.) *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1985, 493, p. 518-519.

souhaiter qu'une expression, une discussion de qualité pour atteindre ses objectifs. Même si cela peut vouloir dire un cafouillis d'insipidités, la confiance demeure que ce qui possède une certaine valeur ressortira. Mais ce n'est pas ce qui est stérile qui doit être protégé, ce qui est important le sera cependant parce que tout ce qui l'entoure le sera également.

[...] section 28 can be interpreted to mean that the protection and interpretation of the rights and freedoms referred to in the Charter must be the same in *value and degree* for male and female persons.¹⁰⁰

Il ne nous reste plus qu'à nous demander si la diffamation collective des femmes, en particulier par la pornographie, est compatible avec une expression égale en valeur et en importance. Il nous apparaît que ce n'est pas le cas, du moins de manière générale.

Un discours d'égales valeur et importance pour l'homme et la femme ne peut admettre une subordination d'un sexe à l'autre, une dépendance¹⁰¹. Or, c'est précisément ce qu'est habituellement la pornographie.

[...] it perpetuates the social subordination of women as a class.¹⁰²

Puisque l'article 28 s'applique prioritairement à toute autre disposition de la Charte, y compris la liberté d'expression, évidemment, il semblerait pour le moins curieux d'user librement de ce type d'expression sans qu'il soit possible d'intervenir, si l'on omet une possible application de l'article 1, qui est loin d'être certaine de toute manière.

Nous soumettons en conséquence que la Charte ne protège que l'expression égalitaire, c'est-à-dire non discriminatoire ou diffamatoire en raison du sexe, ce qui exclut une bonne partie de la pornographie, selon la définition qui est donnée à cette dernière. Nous reviendrons sur cette délicate question.

Avant de clore le sujet, il convient de rappeler que l'article 28 ne fait pas qu'intervenir dans l'interprétation de la liberté d'expression, bien au contraire. Cependant, nous croyons que cette disposition doit d'abord et avant tout s'appliquer en regard d'une liberté souvent perçue comme essentielle, voire prioritaire. Si l'article 28 ne devait pas influencer notre perception de la liberté d'expression, il ne voudrait sans doute pas dire grand-chose, ce qui nous semble inacceptable compte tenu de son libellé. Loin de sous-estimer les

100. *Id.*, p. 524, souligné dans l'original.

101. C.A. MAC KINNON, « Making Sex Equality Real », dans : L. SMITH, (ed.) *Righting the Balance: Canada's New Equality Rights*, Saskatoon, The Canadian Human Rights Reporter Inc., 1986, 37, p. 41.

102. « Anti-Pornography... », *supra*, note 6, p. 461.

autres dispositions de la Charte, l'interprétation relative suggérée des articles 2 b) et 28 n'est qu'une indication des impacts à venir en raison de cette dernière disposition.

3.3. Le problème de la vérité

Il nous reste une question d'interprétation importante à résoudre, portant sur la vérité diffamatoire, avant d'avoir une image complète avec laquelle nous pourrions travailler. Si toute vérité n'est pas bonne à dire, tout le problème est de savoir dans quelle mesure la Charte protège celle-ci.

Comme nous l'avons déjà souligné, il est généralement admis que la liberté d'expression a pour objectif la recherche de la vérité, au sens philosophique du terme. Il est plus que tentant, dans les circonstances, d'affirmer que la Charte se doit de protéger toute expression vraie et, par mesure de précaution, une partie de ce qui est faux ou douteux. La liberté d'expression signifierait alors la liberté d'exprimer tout ce qui est vrai et, dans notre contexte surtout, toute opinion basée sur des faits raisonnablement vrais, vraisemblables. Par contre, demeurerait hors de la portée de celle-ci l'opinion basée sur de fausses allégations¹⁰³. Autrement dit, la Charte protégerait ce qui permet de découvrir la vérité mais ignorerait ce qui est faux ou servirait à propager des faussetés¹⁰⁴. Il convient de d'abord se questionner sur la nature et la pertinence de la vérité en matière de diffamation de collectivités, avant de juger de l'applicabilité de cette théorie.

Où se situe la vérité lorsque quelqu'un affirme que tous les membres d'une collectivité présentent une caractéristique particulière ? Ne serait-il pas exact de dire que cette affirmation est nécessairement fausse, parce que trop générale ? Mais peut-être qu'au contraire il faudrait l'apprécier comme ne représentant qu'une partie de la réalité, puisqu'il est habituellement certain que quelques membres de cette collectivité possèdent effectivement cette caractéristique, quelle qu'elle soit. La vérité se trouve donc entre ces deux extrêmes : déclarer que certains membres d'une collectivité sont idiots, paresseux ou malhonnêtes est vrai pour toute collectivité, qu'elle soit minoritaire ou dominante.

Truth is a relative concept when removed from the world of mathematics and science, and perhaps even there. Not all Negroes are morons, nor all Jews Communists, but there are some in each group who are.¹⁰⁵

103. Voir : « Group Vilification... », *supra*, note 59, p. 324 s.

104. *Ibid* ; Voir aussi FREIHEIT, *supra*, note 9, p. 143.

105. TANENHAUS, *supra*, note 34, p. 293.

La vérité devient une simple question de perception, d'appréciation des faits. Elle est inquantifiable et ne peut être clairement déterminée.

A statement may be partially true, reasonably true, substantially true, or just contain an element of truth without being either « true » or « false ». ¹⁰⁶

C'est alors que les choses se compliquent, puisque l'on assimile à la « vérité » ce qui correspond généralement à la croyance de la majorité. Clamer que la terre est ronde, anciennement, était faux et relevait de l'hérésie.

The literature, arts, and theatre of the dominant culture projected the impositions in the form of caricatures and stereotypes of press and stage, and fastened them like iron masks upon the people they purported to portray. So, in the ways of the rich and powerful with the common people, libel was tantamount to truth [...]¹⁰⁷

La « vérité » en vient à se confondre avec le préjugé, lui-même source de toute diffamation de collectivités. Certains sont encore surpris de rencontrer un noir exerçant une profession intellectuelle, ou d'avoir une femme pour patron, ce qui traduit bien l'ampleur des fausses impressions accumulées. Leur vérité est que c'est impossible et ils persisteront à croire avoir rencontré une exception confirmant la règle ou encore imputeront le succès à d'autres facteurs, glissant en même temps dans le sous-entendu. Et la diffamation de collectivités se poursuit, faute de pouvoir établir une vérité improuvable.

Tenter de distinguer l'expression diffamante à l'endroit d'une collectivité de celle qui ne l'est pas, sur la base que seule est diffamatoire celle qui est fausse, est un exercice pour le moins périlleux... c'est pourtant ce que semblent indiquer les règles usuelles du droit de la diffamation, ce qui les rend particulièrement difficiles à transposer en matière de diffamation de collectivités. La défense de justification, par exemple, est basée sur la démonstration de la véracité de l'énoncé prétendument diffamatoire, à laquelle peut s'ajouter d'autres conditions selon la juridiction ¹⁰⁸. La défense de commentaire loyal pose un problème similaire, quoique plus difficile d'approche.

Le commentaire loyal s'appuie sur la croyance de vérité qu'a son auteur dans les faits sur lesquels il a basé son opinion ; c'est, en quelque sorte, une défense de bonne foi ¹⁰⁹, donc l'utilisation du doute en faveur de celui qui diffame. Pourtant, bien que conforme à la recherche de vérité théorique de la liberté d'expression, on comprend bien vite que le doute permettra toujours de sauver celui qui diffame une collectivité. De là à conclure que la diffamation

106. *Ibid.*

107. KALLEN, *supra*, note 87, p. 5.

108. VALLIÈRES, *supra*, note 3, p. 84 s. ; WILLIAMS, *supra*, note 3, p. 117 s.

109. VALLIÈRES, *supra*, note 3, p. 110 s.

de collectivités n'est pas protégeable par la Charte, il n'y a qu'un pas que nous hésitions à franchir en raison de l'importance des articles 27 et 28, dont nous avons déjà longuement discuté. Nous sommes nettement en présence de deux interprétations contradictoires, parmi lesquelles il faudra bien choisir.

Une solution possible réside dans l'interdiction d'abuser du commentaire loyal, d'en user avec malice ou en négligeant de vérifier la véracité des faits. C'est la solution américaine, du moins pour la diffamation individuelle ¹¹⁰. Nous ne croyons pas qu'elle puisse s'appliquer à la diffamation de collectivités. Contrairement à la diffamation individuelle, il serait ici abusif d'exiger de chacun qu'il s'assure de la véracité de faits qui, nous le répétons, sont principalement préjugés. Cela équivaldrait à bannir toute expression dont on ne peut démontrer l'apparente véracité, qu'elle soit diffamatoire ou non, et contraire à l'objectif de recherche de la vérité énoncé plus tôt. Mais ce qu'il faut retenir par-dessus tout est que la diffamation de collectivités est indépendante de la vérité. L'énoncé vrai peut très bien être plus dommageable que celui qui est faux ¹¹¹, ce dernier pouvant à tout le moins être réfuté. Illustrons ce dernier commentaire avec l'énoncé suivant : si les membres de certaines collectivités réussissent moins bien, c'est qu'ils sont moins intelligents que les autres.

Il s'agit d'une opinion répandue que plusieurs ont dû déjà entendre. Les faits qu'elle sous-tend sont que les membres de ces collectivités ont un faible taux de réussite et qu'ils sont moins intelligents. Dans les deux cas, il est possible de citer des statistiques ou des résultats d'expériences tendant à confirmer cette opinion. Sauf que l'on pourra citer d'autres chiffres et expériences prouvant le contraire. Qui dit vrai ? Dans ces circonstances, tenter de prouver la vérité d'un énoncé diffamatoire est non seulement illusoire ¹¹², mais dangereux. Permettre de faire la preuve de la vérité de la diffamation d'une collectivité risque de changer le tribunal en véritable cirque où toute la littérature diffamatoire pourra être invoquée au soutien de la défense ¹¹³, ce qui ne pourrait avoir d'autres effets que de promouvoir la discrimination à grand renfort de publicité ¹¹⁴. Cela ne peut être l'intention du constituant.

La vérité n'étant pas pertinente à la détermination de la qualité diffamatoire d'un énoncé, en ce qui a trait toujours à la diffamation de collectivités, on voit

110. *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1963).

111. DOWNS, *supra*, note 75, p. 681.

112. ARKES, *supra*, note 4, p. 301 ; BETH, *supra*, note 69, p. 179.

113. TANENHAUS, *supra*, note 34, p. 299.

114. ARKES, *supra*, note 4, p. 302.

mal comment elle pourrait servir à distinguer l'expression constitutionnellement protégée, du moins pour nos fins. Il en résulte donc que l'opinion, même si elle s'avérait vraisemblable, qui subordonne la femme à l'homme (article 28) ou qui tend à discréditer l'apport de cultures minoritaires (article 27) ne peut être protégée par la liberté d'expression. Même lorsque vraie, la diffamation de collectivités demeure hors de portée de la Charte.

4. La diffamation de collectivités dans une société libre et démocratique

La société libre et démocratique mentionnée à l'article 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés* est, à notre avis, autant un objectif qu'un critère d'évaluation des limites raisonnables et justifiables aux droits et libertés garantis par le même document. De ce point, on peut présumer que chaque disposition de la Charte est énoncée dans le but d'atteindre cet objectif, d'en arriver à une société parfaite. Celle-ci, bien entendu, ne diffamera pas ses collectivités.

La loi actuelle, telle que nous l'avons vue en première partie, s'est déjà penchée sur la question, même si d'une façon relativement timide. Reste à savoir si elle le fait conformément aux dispositions de la Charte ou si elle devrait être révisée en fonction des impératifs de celle-ci. Bref, la loi actuelle est-elle valide, constitutionnellement parlant ? On pourra également se demander si elle est valable, compte tenu des attentes élevées que génère la Charte elle-même. Mais auparavant, il est plus que nécessaire de mettre de l'ordre dans toutes les considérations dont nous avons dû tenir compte, pour retenir la règle la plus simple et la plus cohérente possible.

4.1. Une question de priorités

En temps normal, l'article 1 permet de déterminer ce qui est prioritaire et ce qui ne l'est pas dans la recherche d'une société libre et démocratique. Il permet de faire des exceptions à l'ordre établi par la Charte elle-même, qui place ensemble sur le premier rang tous les droits et toutes les libertés qu'elle énonce. Sauf que deux dispositions permettent de déroger à cette uniformité, dans notre contexte, et mettent au premier rang deux considérations fondamentales, avant même que ne soit mis à contribution l'article 1. Ces dispositions, les articles 27 et 28, définissent ainsi un nouvel ordre de priorité, exceptionnel, bien que toujours dicté par l'objectif invariable d'une société idéale.

La diffamation de collectivités se trouve ainsi en conflit avec ces priorités absolues. De manière générale, elle ne sera pas considérée comme « expression » en raison de l'influence exercée par les articles 27 et 28. Mais il ne faut pas

conclure trop hâtivement que la diffamation de collectivités est toujours hors du champ de protection de la Charte, pour cela il faudrait définir exhaustivement ce concept, ce qui serait hasardeux. Mieux vaut donc revenir à chaque fois aux articles guides et, s'il y a conflit, conclure à l'absence d'application de la Charte. Le législateur est alors libre d'intervenir à sa guise pour réglementer ou même interdire ce type de communication. Par contre, si un message en apparence diffamatoire ne contredit pas les notions fondamentales prioritairement énoncées par les articles 27 et 28, il demeure « expression » au sens de la Charte, auquel cas le législateur devra tenir compte de l'article premier s'il désire limiter cette expression, normalement libre. Quelques exemples nous permettront d'explicitier cette conception.

L'article 27 établit comme priorité « [...] le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens ». Nous soumettons que de simples insultes n'affectent pas en elles-mêmes le patrimoine multiculturel, même si elles peuvent accompagner d'autres paroles ou des actions de nature à discréditer une race ou un peuple. Ce sont ces paroles ou actes qui seront en contravention avec l'article 27. Le législateur ne pourrait donc pas interdire les insultes sans avoir à justifier son intervention, au sens de l'article 1. Supposons, par contre, l'affirmation que la présence « d'« étrangers » dans un quartier nuit au bon développement des enfants. Alors, il nous semble évident que ce langage a pour effet de discréditer l'apport des différentes cultures, même si cela s'avérerait exact pour quelque raison que ce soit, ce qui n'est pas pertinent. Le législateur pourra intervenir s'il le désire, justifié qu'il est par l'article 27. La nuance demeure relativement mince, nous en convenons fort bien, et nous sommes d'avis que le législateur, fédéral ou provincial, a les mains généralement libres lorsqu'il se propose d'intervenir en matière de diffamation raciale, ethnique ou religieuse.

Il pourrait en être autrement dans le cas de diffamation de la collectivité féminine. Rappelons que par l'article 28 nous interprétons la liberté d'expression comme ne comprenant pas le message inégal, subordonnant un sexe à l'autre. La définition donnée à la pornographie ne correspond pas nécessairement à ces caractéristiques ; ce n'est du moins pas le cas de la plus récente proposition ¹¹⁵. Interdire, par exemple, la représentation de femmes attachées nous apparaît conforme à l'article 28 et ne pourra faire l'objet de la protection de la liberté d'expression. Par contre, la représentation d'une personne se masturbant ou encore la simple représentation d'une relation sexuelle normale n'a aucune connotation de subordination. Dans ce contexte la pornographie, pour être interdite, devra être examinée à la lumière de l'article 1, ce qui signifie que le

115. Voir P.L. C-54, *supra*, note 56.

législateur devra démontrer qu'il est proportionnellement préférable, dans notre société, d'interdire ce type d'expression après avoir établi que l'objectif visé par cette interdiction est important ¹¹⁶.

En résumé, l'appréciation d'une intervention législative en matière de diffamation de collectivités doit respecter les étapes suivantes :

- (1) L'intervention vise-t-elle les mêmes objectifs que les articles 27 ou 28 de la Charte ?
- (2) Sinon, l'intervention est-elle une limite raisonnable et justifiable, au sens de l'article 1 de la Charte ?

Une réponse positive à l'une de ces deux questions suffit à permettre l'intervention. Une double réponse négative aura pour conséquence que l'intervention législative est inopérante ¹¹⁷.

4.2. Des dispositions insuffisantes, mais valides

Nous avons vu, en première partie, quelles étaient les dispositions législatives actuellement en vigueur et qui concernaient la diffamation de collectivités. Il convient finalement d'en apprécier la validité constitutionnelle. En matière civile, rappelons-nous que seule l'injonction demeure pertinente à nos propos. La diffamation civile dans la mesure où elle n'a pas d'application collective, n'a pas à être ici confrontée à la Charte ¹¹⁸.

Quelle est la validité constitutionnelle de l'injonction manitobaine, en particulier ? Cette disposition demeure-t-elle opérante depuis l'avènement de la Charte ? Respectant le processus de priorités que nous avons énoncé, la première question est de savoir si cette disposition a pour objet de « promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel ». La réponse nous apparaît positive. En effet, la loi manitobaine ¹¹⁹ fait spécifiquement référence aux caractéristiques fondamentales du maintien du patrimoine multiculturel que sont la coexistence paisible et le respect mutuel. Si la cour juge qu'un

116. *R. c. Oakes*, [1968] 1 R.C.S. 103.

117. *Loi Constitutionnelle de 1982*, article 52.

118. Bien qu'il soit probable de retrouver la diffamation en tant que limite à la liberté d'expression, il est très loin d'être certain que l'ensemble de celle-ci telle que nous la connaissons puisse se justifier dans une société libre et démocratique. Aux États-Unis, par exemple, certaines « diffamations » sont protégées par le premier amendement. Une remarquable analyse de l'ensemble de cette question ainsi que de ses conséquences pratiques mérite d'être mentionnée, soit : A. SHEER, and A. ZARDKOOHI, « An Analysis of the Economic Efficiency of the Law of Defamation », (1985) 80 *Northwestern U. L. Rev.* 364.

119. *Supra*, note 27.

message porte atteinte à ces valeurs, elle peut en interdire la diffusion pour l'avenir. Jusqu'à un certain point, cela nous semble être une garantie contre l'abus de la liberté d'expression : si un message spécifique est plus dommageable que bénéfique, on le retire du marché. Cependant, puisque celui qui s'est exprimé était *a priori* libre de le faire, il n'est pas puni pour son geste. Ainsi, nous croyons que cette disposition est non seulement dans l'esprit de la Charte, mais qu'elle s'assure également de tenir compte des différents intérêts en présence, pour les concilier de belle façon. La solution nous semblerait identique pour toute autre injonction applicable en la matière.

On peut cependant craindre une utilisation trop fréquente, voire désordonnée, d'un tel mécanisme de censure. Il nous semble, malgré tout, que la confiance se doit de régner envers la discrétion judiciaire. Les tribunaux se doivent de refuser d'intervenir à tout propos pour se conserver le droit d'agir lorsque cela est vraiment nécessaire.

Il ne serait pas obligatoire, en l'espèce, de recourir à la deuxième partie du test. Nous croyons, cependant, que le résultat serait identique pour les raisons suivantes ¹²⁰. Tout d'abord, l'objectif est manifestement important, cela nous apparaissant des plus évidents. Rechercher l'harmonie entre les collectivités n'est pas uniquement un plaidoyer pour la vertu, c'est également le fondement d'une société paisible. Resterait la question de la proportionnalité. Brièvement, cette disposition est rationnellement liée à son objectif puisqu'elle l'énonce virtuellement elle-même, tout en s'y limitant ; la discrétion judiciaire est une garantie suffisante contre les abus, nous l'avons déjà mentionné, en permettant de refuser l'injonction lorsque l'atteinte à la liberté d'expression serait démesurée ; finalement, l'objectif est beaucoup plus important que les effets préjudiciables, s'il en est.

La question est quelque peu différente relativement au libelle diffamatoire. L'infraction prévue est celle de publier un libelle ¹²¹, « publier » devant être interprété plus que largement ¹²². Est-ce conciliable avec la Charte d'interdire la publication de matière nuisant à la réputation de collectivités ou exposant ses membres à la haine, au mépris ou au ridicule, ou destinée à outrager, le tout sans justification ni excuse légitime ?

Reprenant la première partie de notre test, le barème serait, une fois de plus, la préservation ou le maintien du multiculturalisme, de même que la non-subordination de la femme. Mieux vaut traiter ces questions séparément.

120. Le test appliqué est bien sûr celui édicté par la Cour suprême dans *Oakes*, *supra*, note 116, p. 138-139.

121. Articles 264 et 265 C.Cr.

122. Article 263 C.Cr.

Le mépris ou le ridicule que l'on fait porter aux membres d'une collectivité diminue certainement leur apport à la société, tandis que la haine peut leur interdire à toutes fins utiles de partager leur culture avec les autres membres de la société. La question de l'outrage peut permettre de préserver chez tous une appréciation d'eux-mêmes qui favorisera la communication de leur culture, en ce sens qu'une personne outragée ne cherchera pas tant à se justifier ou à communiquer qu'elle recherchera soit la vengeance, peu propice à la compréhension, soit l'oubli. Cette dernière hypothèse équivaut à l'assimilation, en matière de collectivités, c'est-à-dire à la perte d'une culture qui devait être valorisée. Les objectifs de l'article 27 nous semblent être parfaitement rencontrés, ce qui nous porte à conclure que le libelle diffamatoire, dans la mesure où il est applicable à la diffamation de collectivités, en excluant la femme pour le moment, est conforme à la Charte.

D'autre part, en ce qui a trait aux femmes, il est douteux que l'aspect haine ait le même impact. Si la femme est diffamée, c'est habituellement pour la reléguer au rôle de servante. S'il n'est pas question de haine, au contraire, il est question d'aimer une image qui ne saurait persister et qui interdit à la femme une participation égale à la société. Cette même image inacceptable, maintenue en particulier par les productions pornographiques, équivaut à mépriser et ridiculiser ouvertement le genre féminin. Ce n'est un secret pour personne que plusieurs sont outragés par cette situation. Il nous apparaît que l'article 262(1) C.Cr correspond à une excellente définition de la subordination, sans pour autant se limiter à celle entre les sexes. En conséquence, cette disposition est en parfait accord avec l'article 28 et, ainsi interprétée, est conforme à la Charte dans son ensemble.

Soulignons également que la possibilité de plusieurs défenses, incluant la justification et l'excuse légitime, permet de sauvegarder l'expression qui aurait des conséquences ou une portée moins grave. Cela nous permet de remarquer que l'article 1 de la Charte permettrait probablement une limite liée au libelle diffamatoire, d'une part parce que les objectifs demeurent importants, d'autre part parce que l'atteinte à la liberté d'expression est somme toute aussi restreinte que cela nous semble possible. Un certain équilibre entre la liberté d'expression et la protection des collectivités est ainsi préservé, la balance semblant même plutôt pencher vers la liberté d'expression. Nous serions en effet enclins à croire que les tribunaux laisseraient tout l'espace possible à l'expression pour qu'elle respire, quitte à restreindre ou ignorer pour cela la portée des articles 27 et 28. En conclusion, la Charte ne vient pas priver de tout effet potentiel le libelle diffamatoire en matière de diffamation de collectivités. Il appartient aux tribunaux de déterminer où doit se situer l'équilibre et de séparer l'expression abusive de l'expression légitime. Bref, la Charte n'a ici absolument rien changé.

Cette dernière conclusion ne manquera pas d'en décevoir plusieurs, qui auraient souhaité soit plus d'expression, en général, soit moins d'expression discriminatoire. Nous croyons que le constituant en rédigeant la Charte n'avait pas l'intention de révolutionner la société, mais de permettre qu'elle s'améliore, même si parfois des changements immédiats ont été provoqués. L'interprétation que nous faisons ici de ses dispositions permet une bonne marge de manœuvre, laissée à la sagesse des gouvernements et à la surveillance non moins sage des tribunaux.

Reste la propagande haineuse et ses trois infractions¹²³. Elles seront traitées séparément, chacune ayant un objet distinct. L'infraction d'encouragement au génocide, en premier lieu, cherche à interdire l'expression visant à l'élimination de certaines cultures. Il nous semble flagrant que ce genre de mesesage est contraire à la promotion et au maintien du multiculturalisme. Il ne fait donc aucun doute, à notre avis, que la Charte n'est pas venue affecter cette disposition, bien au contraire.

L'infraction d'incitation publique à la haine, centrée qu'elle est sur la violation de la paix, cherche à prévenir les émeutes et autres conflits sociaux. Un peu d'interprétation est nécessaire pour faire le lien, s'il y a lieu, entre celle-ci et l'article 27. Lorsqu'est énoncé l'objectif de maintenir et promouvoir le multiculturalisme, il est sous-entendu que la société doit pouvoir être suffisamment réceptive pour idéalement accepter sans hésitation la cohabitation et rechercher les contacts afin que se développe une soif de connaissance de ce que chaque culture a à lui apporter. Nous doutons que cet objectif puisse être réalisable sans qu'un minimum de compréhension et de paix ne soit maintenu. Pour que les échanges de cultures puissent se réaliser, il doit exister un climat propice à la compréhension de l'autre et non pas un climat de lutte et de guerre à finir, à la recherche de la culture dominante. Tout cela est plutôt malsain.

En conséquence, puisque la haine en elle-même est contraire à l'objectif de l'article 27, l'incitation publique à la haine peut être interdite, se conformant ainsi à l'intention du constituant. Mais la situation que nous venons de décrire permet-elle d'interdire également l'expression qui ne génère pas de violence, du moins pas dans l'immédiat, s'éloignant ainsi des nécessités de l'article 27, et qui en sus se déroulerait moins publiquement ? C'est ce que les dispositions relatives à la fomentation volontaire de la haine semblent vouloir faire.

Il s'agit du seul véritable cas problème que nous ayons rencontré, du fait que cette infraction est à première vue beaucoup plus étendue dans son

123. *Supra*, note 42.

emprise, alors que toutes les autres étaient très délimitées, risquant ainsi de sortir du cadre de l'article 27 de la Charte. Il faut s'attarder plus longuement sur celle-ci et découvrir la véritable portée de l'infraction. Pour ce faire, nous allons référer abondamment à l'interprétation qui en a été faite récemment, nommément dans l'affaire *Keegstra*¹²⁴.

[...] the purpose of the ban in s. 281.2(2) of the *Code* is not to shield individuals from exposure to dangerous ideas, nor to protect them from their own thinking propensities. On the contrary it is to shield intended targets of wilfully promoted hatred from injury.

[...]

Section 281.2(2) of the *Code* is not a proscription against the freedom to publicly criticize any of our nation's fundamental values or institutions. The section deals with a social value, specifically the recognition of the right of a particular group of individuals characterized by colour, race, religion, or ethnic origin to be protected from wilfully promoted hatred at a public level.¹²⁵

Jusqu'ici, nous sommes entièrement d'accord avec la cour, bien que cela ne nous avance pas tellement. En effet la question demeure, à savoir si la « valeur sociale » qu'est la protection des collectivités de toute propagande haineuse correspond bien à l'objectif de l'article 27 de la Charte. Cette question a elle aussi été considérée et ce qui en est dit fait le lien avec plusieurs notions ici considérées auparavant :

The protection afforded by the proscription tends to banish the apprehension which might otherwise inhibit certain segments of our society from freely expressing themselves upon the whole spectrum of topics, whether social, economic, scientific, political, religious, or spiritual in nature. The unfettered right to express divergent opinions on these topics is the kind of freedom of expression the Charter protects.¹²⁶

Le juge mentionne également que, vues sous cet angle, les dispositions relatives à la fomentation volontaire de la haine visent la promotion de la liberté d'expression de tous et, en particulier, assurent celle des membres des groupes identifiables¹²⁷.

Nous maintenons notre accord, sauf sur un aspect. Nous devons nuancer l'affirmation de la cour à l'effet que la liberté d'expression n'est pas atteinte¹²⁸. Il vaudrait mieux dire que si ce n'était de l'article 27, l'expression ici en question serait libre, ou encore que ce n'est pas la liberté qui est en question,

124. *R. v. KEEGSTRA*, (1985) 19 C.C.C. (3d) 254.

125. *Id.*, p. 259-260.

126. *Id.*, p. 268.

127. *Ibid.*

128. *Ibid.*

mais l'expression même, dont la nature est exceptionnellement limitée. Bref, il y aurait atteinte à la liberté d'expression si l'article 27, conformément à la portée que nous lui avons accordée, n'en avait pas affecté le sens. Reste à savoir si la portée de l'infraction est conforme à ses objectifs ou si celle-ci possède des effets qui vont au-delà des prescriptions de l'article 27 de la Charte, auquel cas il y aurait de fait une limite à la liberté d'expression en sus des exigences du multiculturalisme, donc devant être jugée sous l'article premier.

La seule manière de déterminer l'impact réel de l'infraction de la fomentation volontaire de la haine est d'examiner ses conditions et défenses. Au niveau des conditions, on retrouve les éléments de fomenter *volontairement* la haine, par la *communication de déclarations* et *ce autrement que dans une conversation privée*. En résumé, et sans prendre la peine d'analyser chaque terme, il faut le faire exprès : la fomentation accidentelle de la haine n'est pas un crime.

Mais en sus, les défenses sont très extensives et vont de la vérité des déclarations à l'intérêt public, en passant par la bonne foi ¹²⁹ ce qui nous incite à conclure que bien peu de possibilités demeurent.

[...] the defenses [...] will make it very difficult for courts ever to have before them frivolous prosecutions or fact situations that really involve serious debate over responsible questions relating to inter-group tensions or political party conflict, no matter how tough or abusive the language used. ¹³⁰

Dans ces conditions, la portée de la loi est forcément réduite et ce n'est que dans des cas exceptionnels qu'elle sera susceptible de trouver application. Elle ne dépasse pas ses objectifs, pas plus que ceux de l'article 27. Nous croyons donc que le maintien de ces dispositions est permis par la Charte. Par ailleurs, nous croyons que le test de l'article 1 permettrait une limite à la liberté d'expression en raison de l'insuffisance même de la loi. Dès lors que celle-ci est virtuellement inexistante, dans les faits, on voit mal comment son atteinte à la liberté d'expression pourrait dépasser le minimum nécessaire à la réalisation d'objectifs reconnus légitimes. Cette atteinte à la liberté d'expression est tellement minime qu'il vaut presque mieux ne pas en parler.

Conclusion

Tous auront certainement constaté que nous en sommes toujours arrivés au même résultat, que ce soit par interprétation des articles 27 et 28 en relation

129. Article 281.2(3) C.Cr.

130. M. COHEN, « The Hate Propaganda Amendments : Reflections on a Controversy », (1971) 9 *Alta. L. R.* 103, p. 112.

avec la liberté d'expression ou par utilisation de l'actuelle interprétation de l'article 1, parfois même pour des motifs identiques. Nous suggérons une explication à cet état de fait : les dispositions actuelles ne vont pas assez loin pour être efficace, pour vraiment mettre en jeu les questions fondamentalement opposées que sont la protection de l'expression et la protection des collectivités. Si la *Charte canadienne des droits et libertés* a, nous le soumettons, choisi en faveur des collectivités, le législateur, intervenant avant l'avènement de la Charte, ne l'a pas encore fait. Or, la loi actuelle tente de protéger à la fois la chèvre et le chou, avec pour conséquence qu'elle devient inapplicable. Ses objectifs demeurant trop ambitieux, les résultats sont pratiquement nuls. Si la loi portant présentement sur la diffamation de collectivités n'est pas valable, malheureusement, la Charte n'y est pour rien.

Il y aurait donc lieu de considérer une intervention législative qui valoriserait les dispositions actuelles, tout en respectant l'esprit de la Charte. Incorporer les objectifs des articles 27 et 28 tels quels dans la loi pour les associer à une infraction civile ou pénale est une possibilité à ne pas négliger, bien que cela risquerait de ne pas être des plus limpides. À tout événement, il est certainement possible de constituer un ensemble de recours complet et cohérent. Au civil, par exemple, après avoir réglé les questions procédurales d'intérêt suffisant, on pourrait songer à un recours collectif, auquel pourrait être joint des dommages exemplaires¹³¹. En y ajoutant l'injonction et des dispositions pénales plus appropriées, c'est-à-dire surtout moins confuses, on réussirait enfin à protéger adéquatement les collectivités, conformément à la Charte.

Mais cela ne signifie d'aucune façon qu'il n'existe plus aucun obstacle et que les législateurs n'ont plus qu'à prendre leurs plumes pour faire ce que l'on attend d'eux. Une question de compétence, en particulier, demeure entière : toute la question dont nous avons traité relève-t-elle de la paix, l'ordre et le bon gouvernement, sinon directement du droit criminel, c'est-à-dire de la compétence fédérale, ou de la propriété et des droits civils, donc de la compétence provinciale¹³² ? Avant de demander d'agir, il faudrait savoir qui est en mesure de le faire et éviter de se relancer la balle indéfiniment.

D'ici à ce que toutes ces questions soient réglées, il convient de noter que le libelle diffamatoire constitue la solution la meilleure et la plus complète au problème général de la diffamation de collectivités, sous réserve, justement, de son applicabilité à ce genre de situation. Par ailleurs, la propagande

131. Voir BELTON, *supra*, note 9, p. 498-499.

132. Sur cette question, voir : *Rapport...*, *supra*, note 38, p. 134-140.

haineuse ne vise aucunement la diffamation de la femme, du moins présentement ¹³³, sans même présumer de son efficacité si c'était le cas. En conséquence, il n'est possible de combattre ce type de diffamation de collectivités, dans l'état actuel des choses, que par le biais du libelle diffamatoire, ce qui est bien loin d'être une garantie de succès. Reste que, avant d'éliminer cette disposition ¹³⁴, il faudrait s'assurer de préserver les avantages existants, à notre avis, même si inutilisés.

Le concept même de la diffamation de collectivités demeure néanmoins nouveau, à une époque marquée par l'individualisme et où l'importance de l'ensemble a été reléguée au second plan. Nous découvrons à peine qu'il existe autre chose que l'individu et que la société est également composée de groupements de tout ordre.

[...] in the western hemisphere, especially the U.S., the individual, not the group, predominates. As a result the law of defamation was conceived as protection for the individual, the same way as the law of assault and battery protects the individual. ¹³⁵

Group defamation was unknown to the common law because that law had no awareness of groups themselves, but in the twentieth century we can hardly continue ignoring the fact that individual personality is formed by primary group memberships, among other influences. ¹³⁶

C'est la reconnaissance de cet état de fait, du moins partiellement, qui a inspirée la législation sur la propagande haineuse ¹³⁷ et qui, à notre avis, a engendré les articles 27 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Cette constatation entraîne une nécessaire action gouvernementale, ce qui nous reporte dans l'arène politique, sur la question éternelle du faut-il légiférer ou peut-on se satisfaire des règles actuelles ?

[...] free speech and equality are different in nature and thus also in application. Free speech can be achieved by *laissez-faire* government ; equality, only through governmental action. In other words, it is only through the absence of restrictions that free speech can exist, whereas equality must be fostered positively. ¹³⁸

S'il n'existe aucune obligation d'agir, on peut néanmoins croire que le constituant imaginait l'atteinte la plus rapide possible d'une société égalitaire.

133. Une proposition à cet effet a cependant été retenue, voir : COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *La propagande haineuse*, Document de travail 50, Ottawa, Approvisionnements et services Canada, 1986, p. 46 et 51 s.

134. *Supra*, note 39.

135. S.S. COHEN, « Hate Propaganda — The Amendments to the Criminal Code », (1971), 17 *R. de D. McGill* 740, p. 749.

136. M.A. MAC GUIGAN, « Proposed Anti-hate Legislation », (1967) 15 *Chitty's L. J.* 302, p. 304.

137. *Rapport...*, *supra*, note 38, p. 61-62.

138. BETH, *supra*, note 69, p. 180.

Dès lors, lorsqu'un problème est identifié, la société est en droit de s'attendre à ce que l'esprit de la Charte soit respecté. Si une loi est nécessaire, le législateur compétent a l'obligation, ne serait-ce que morale, de passer à l'action. Il reste que tous ne sont pas convaincus que l'État doive se substituer à chaque citoyen :

The job of combating hate propaganda is, and always must be, the job of every citizen. To enact a law is to invite the citizen to slough off his responsibilities, to hand over to his paid servants the moral burden which is his alone.¹³⁹

Cela confirme à quel point la question n'est plus que politique, à savoir s'il y a lieu d'intervenir et comment le faire. Elle n'implique pas vraiment la Constitution, la discussion ne portant aucunement sur les objectifs de la Charte, eux qui font l'objet d'un large consensus.

Le statut de l'État par rapport au peuple a donc été modifié. De principale source de danger pour les libertés individuelles qu'il était auparavant, il devient en quelque sorte instrument de protection des collectivités. L'État doit s'assurer que les individus ne profiteront pas de leurs libertés nouvellement acquises pour abuser de celles des autres¹⁴⁰, tâche que les tribunaux auront à surveiller et à laquelle ils auront à contribuer. Cet impératif nouveau découle des articles 27 et 28 de la Charte, reflet de l'évolution de la société.

Pour que le droit à l'égalité s'exprime, chacun devra apporter sa contribution, incluant sa part de concessions. Quoi de plus normal ? N'est-ce pas là l'essence même d'une société libre et démocratique ?

139. ARTHURS, *supra*, note 90, p. 4.

140. « Statutory Prohibition of Group Defamation » (1947) 47 *Columbia L. Rev.* 595, p. 595 ; FREIHEIT, *supra*, note 9, p. 150-151.