

Les rapports difficiles entre la liberté d'expression et ses limites raisonnables

Yves de Montigny

Volume 22, numéro 1, mars 1991

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1058171ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1058171ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

de Montigny, Y. (1991). Les rapports difficiles entre la liberté d'expression et ses limites raisonnables. *Revue générale de droit*, 22(1), 129-150.
<https://doi.org/10.7202/1058171ar>

Résumé de l'article

L'auteur passe en revue la jurisprudence de la Cour suprême en matière de liberté d'expression depuis l'entrée en vigueur de la Charte et constate que l'on n'a pas craint d'élargir considérablement la portée de ce concept. Cet activisme judiciaire repose néanmoins sur des fondements théoriques fragiles et empreints de contradictions. Une analyse serrée de certaines décisions permet d'abord de constater que l'article 2b) de la Charte ne protège pas toutes les activités expressives sans égard à leur contenu; d'autre part, il n'est pas tout à fait exact de prétendre que la raisonnable d'une restriction à cette liberté fondamentale doit s'apprécier sans égard au type de discours en cause. En conclusion, l'auteur propose de départager les arguments qui tiennent à la nature même de l'expression de ceux qui s'analysent en termes de justification en s'appuyant sur un principe qui colle davantage au texte et à la structure de la Charte.

Les rapports difficiles entre la liberté d'expression et ses limites raisonnables

YVES DE MONTIGNY

Professeur à la Faculté de droit
de l'Université d'Ottawa

RÉSUMÉ

L'auteur passe en revue la jurisprudence de la Cour suprême en matière de liberté d'expression depuis l'entrée en vigueur de la Charte et constate que l'on n'a pas craint d'élargir considérablement la portée de ce concept. Cet activisme judiciaire repose néanmoins sur des fondements théoriques fragiles et empreints de contradictions. Une analyse serrée de certaines décisions permet d'abord de constater que l'article 2b) de la Charte ne protège pas toutes les activités expressives sans égard à leur contenu; d'autre part, il n'est pas tout à fait exact de prétendre que la raisonnable d'une restriction à cette liberté fondamentale doit s'apprécier sans égard au type de discours en cause. En conclusion, l'auteur propose de départager les arguments qui tiennent à la nature même de l'expression de ceux qui s'analysent en termes de justification en s'appuyant sur un

ABSTRACT

The author reviews the decision of the Supreme Court in the area of freedom of expression since the coming into force of the Charter and finds that the Court did not hesitate to broaden considerably the scope of this concept. This judiciary activism relies nevertheless on a frail theoretical foundation fraught with contradictions. The author provides a thorough analysis of some decisions to demonstrate first that section 2(b) of the Charter does not protect all forms of expression regardless of their content. Moreover, it is not exactly right to maintain that the reasonability of a restriction to this fundamental freedom must be assessed without considering the type of speech at issue. The author concludes by suggesting to separate the arguments related to the very nature of expression from those that are examined in terms of justification by relying on a principle which agrees more with

*principe qui colle davantage au
texte et à la structure de la
Charte.*

*the text and the structure of the
Charter.*

SOMMAIRE

Introduction	130
I. Les premiers balbutiements	131
II. L'impossible neutralité	137
III. Les catégories refont surface	145
Conclusion	149

INTRODUCTION

Il n'est sans doute pas exagéré de prétendre que l'enchâssement de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la Constitution en 1982 a révolutionné le droit et le discours politique au Canada. Élaborée et conçue tout autant pour cimenter l'unité canadienne que pour donner un nouveau départ à la protection des droits fondamentaux, cette nouvelle pièce maîtresse de la loi fondamentale a fortement contribué à susciter de nouvelles alliances et à réorienter les débats à partir d'une dialectique dont les termes de référence n'empruntent plus au partage des compétences législatives. Si les garanties linguistiques et les droits à la mobilité constituent à n'en pas douter les meilleures illustrations des objectifs politiques que poursuivait le constituant, c'est davantage vers les garanties juridiques et les libertés fondamentales qu'il faut se tourner pour prendre la vraie mesure des changements profonds qu'a introduit la Charte dans la structure juridique canadienne.

S'appuyant sur le nouveau mandat que leur avait confié le constituant, sur le fait que la Charte ne se borne pas à reconnaître et déclarer l'existence de droits pré-existants, et sur la possibilité que reconnaît son article premier d'apporter des limites aux droits garantis sans devoir leur donner une portée indûment restrictive, les membres de la Cour suprême n'éprouvèrent aucune difficulté à s'affranchir des jugements par trop conservateurs qui avaient vidé la *Déclaration canadienne des droits* de tout son sens¹. Ce nouvel activisme judiciaire, tel qu'il s'est manifesté en particulier dans les jugements mettant en cause la liberté d'expression, devait produire des résultats pour le moins surprenants.

1. L'on pourra se convaincre du peu de poids qu'accorde la Cour suprême aux jugements rendus sous la *Déclaration* en consultant, entre autres, *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; et *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Pour bien comprendre l'ampleur des transformations qu'a connues cette liberté fondamentale depuis moins de dix ans, il convient de faire un bref retour en arrière. En effet, il faut savoir que c'est essentiellement par le biais d'une argumentation axée sur le respect du partage des compétences législatives que les droits fondamentaux pouvaient traditionnellement faire l'objet d'une certaine sollicitude de la part des tribunaux canadiens². On tenta bien, à l'occasion, de déduire une « déclaration implicite des droits » du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*³. Tirant prétexte du fait que notre constitution reposait sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni et introduisait en conséquence la démocratie parlementaire comme forme de gouvernement, on en vint à la conclusion que la liberté d'expression politique devait être mise à l'abri de toute atteinte législative parce qu'elle était inhérente au maintien de ce système politique. Mais cette thèse ne devait ultimement rallier que quelques juges de la Cour suprême⁴ pour finalement être définitivement écartée⁵. En consacrant expressément la liberté de parole, la *Déclaration canadienne des droits* aurait pu susciter des développements intéressants et protéger plus efficacement (du moins dans les champs de compétence fédérale) cette liberté fondamentale ; mais la formulation ambiguë retenue par le Parlement s'avéra insuffisante pour convaincre les tribunaux de reléguer aux oubliettes le principe sacro-saint de la souveraineté parlementaire. Qui plus est, aucune contestation fondée sur la violation présumée de cette liberté ne se rendit jamais jusqu'en Cour suprême, tant et si bien que cette dernière n'eut jamais l'occasion de se prononcer sur la portée exacte de ce concept.

I. LES PREMIERS BALBUTIEMENTS

C'est donc uniquement dans sa version instrumentale, à titre d'accessoire au fonctionnement des institutions parlementaires et à une certaine

2. Bien qu'il soit admis que les droits et libertés de la personne ne constituent pas un domaine de compétence au sens de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les tribunaux ont souventes fois invalidé des dispositions législatives provinciales portant atteinte aux libertés fondamentales (et en particulier à la liberté d'expression et de religion) en prétextant que leur traitement relevait historiquement du droit criminel, une compétence fédérale exclusive. Voir, entre autres, *Reference Re Alberta Bills*, [1938] R.C.S. 100; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *McKay c. R.*, [1965] R.C.S. 798; *Saumur c. Cité de Québec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *Birks & Sons (Montreal) Ltd. c. City of Montreal*, [1955] R.C.S. 799.

3. Le premier considérant du préambule se lit en effet comme suit : "Whereas the Provinces of Canada, Nova Scotia and New Brunswick have expressed their Desire to be federally united into One Dominion under the Crown of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, with a *Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom*". (Les italiques sont les nôtres).

4. Voir *Renvoi relatif aux lois de l'Alberta*, [1938] R.C.S. 100, le juge en chef DUFF, pp. 132-133; et *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, le juge ABBOTT, p. 326.

5. *P.G. du Canada et Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770.

forme de démocratie, que la liberté d'expression avait eu droit de cité en certaines occasions devant les tribunaux canadiens avant 1982. Et nombreux étaient ceux qui s'attendaient à ce que le pouvoir judiciaire interprète d'une façon aussi restrictive l'article 2b) de la Charte. Or, il faut bien l'admettre, les deux premiers jugements rendus par la Cour suprême en application de cette disposition constitutionnelle⁶ ne contribuèrent aucunement à dissiper ce scepticisme; en confirmant la prééminence du discours politique, la majorité évitait soigneusement de rompre avec la jurisprudence passée et confirmait du même coup les appréhensions de ceux qui ne faisaient pas confiance à la magistrature pour tirer toutes les conséquences de l'enchâssement des droits.

Il est vrai que dans ces affaires, la Cour a fait preuve d'une certaine ouverture d'esprit en rejetant une fois pour toutes la distinction peu fonctionnelle entre l'action et l'expression. En reconnaissant que le piquetage « comporte toujours un élément d'expression »⁷, monsieur le juge McIntyre tirait implicitement un trait sur l'arrêt *Dupond*⁸ et refusait de se laisser entraîner dans les distinctions subtiles dont la jurisprudence américaine regorge à ce chapitre⁹. D'autre part, il faut également admettre que le refus d'exclure le piquetage secondaire du champ d'application de l'article 2b) pour le seul motif qu'il vise d'abord à exercer une pression économique et à provoquer des pertes financières pouvait laisser croire que la Cour n'était plus réfractaire à l'idée d'accorder une certaine protection à l'expression commerciale¹⁰. Mais rien n'était moins sûr. En référant abondamment à la jurisprudence antérieure pour réitérer que la liberté d'expression est une caractéristique essentielle de la démocratie parlementaire canadienne¹¹, le plus haut tribunal envoyait des signaux contradictoires qu'il n'était pas facile de réconcilier. Si bien qu'en bout de ligne, les juges se ménageaient la plus entière marge de manoeuvre en faisant l'économie d'une discussion relative aux tenants et aboutissants

6. Nous faisons ici référence aux affaires *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573 et *B.C. G.E. U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214.

7. *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, *id.*, p. 588.

8. *Supra*, note 5. Seul monsieur le juge Beetz, dans une opinion dissidente, a semblé vouloir maintenir cette distinction.

9. En revanche, monsieur le juge McIntyre prend bien soin de mentionner qu'« aucune protection n'est accordée lorsqu'il y a destruction de biens, voies de fait ou autres types de conduite manifestement illégale » (*supra*, note 6, p. 588). Nous reviendrons plus loin sur cette ligne de démarcation.

10. Il faut dire, en contrepartie, que la majorité n'eut aucune difficulté à reconnaître que les limites imposées au piquetage secondaire étaient justifiables sans même avoir recours au test rigoureux développé dans l'arrêt *R c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

11. S'en remettant aux arrêts *Boucher c. The King*, [1951] R.C.S. 265 et *Switzman c. Elbling*, *supra*, note 2, ainsi qu'au *Renvoi sur les lois albertaines*, *supra*, note 2, monsieur le juge McIntyre se fera fort de rappeler que la liberté d'expression n'est pas une création de la Charte et a toujours été perçue comme l'un des fondements du développement historique des institutions politiques, sociales et éducatives de la société occidentale (*SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, *supra*, note 6, pp. 583-588).

de la liberté d'expression et en refusant de préciser leur pensée sur les fondements et les justifications de ce droit fondamental en contexte canadien.

Il faudra donc attendre les arrêts *Ford c. Québec (P.G.)*¹² et surtout *Irwin Toy Ltd. c. Québec (P.G.)*¹³ pour obtenir des précisions sur le statut du discours commercial et pour savoir à quelle enseigne loge désormais la Cour suprême au regard de la liberté d'expression. Dans la première de ces deux affaires, la Cour devait se prononcer sur la validité de certaines dispositions de la *Charte de la langue française* du Québec qui faisaient du français la seule langue autorisée (sous réserve de certaines exceptions) pour l'affichage public, la publicité commerciale et les raisons sociales. Se disant d'avis que la langue est intimement liée au contenu du message transmis, la Cour n'éprouva aucune difficulté à conclure que la liberté d'expression emporte la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix¹⁴. À partir du moment où l'on admet que certains actes peuvent avoir un contenu expressif, il va de soi que la langue (comme l'art d'ailleurs¹⁵) doit être protégée parce qu'elle constitue le support privilégié de l'expression et ne peut en être dissociée.

Restait cependant la question de savoir si la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix pouvait être revendiquée pour transmettre des messages de nature commerciale. Après avoir passé en revue l'expérience américaine et la jurisprudence canadienne sur le sujet, la Cour estima que la liberté d'expression garantie par l'article 2b) de la Charte ne pouvait se confiner à l'expression politique. Curieusement, la Cour sentit le besoin de réinterpréter la jurisprudence antérieure à la Charte pour justifier ce résultat et s'employa même à démontrer que monsieur le juge McIntyre avait « clairement » accepté d'inclure le discours commercial dans le giron de l'expression constitutionnellement protégée¹⁶. C'est néanmoins lorsqu'elle rejette franchement l'approche américaine des catégories et qu'elle refuse de se sentir liée par les différentes valeurs qui ont traditionnellement motivé la protection de la liberté d'expression que la Cour innove véritablement.

12. [1988] 2 R.C.S. 713.

13. [1988] 1 R.C.S. 927.

14. « La langue est si intimement liée à la forme et au contenu de l'expression qu'il ne peut y avoir de véritable liberté d'expression linguistique s'il est interdit de se servir de la langue de son choix. Le langage n'est pas seulement un moyen ou un mode d'expression. Il colore le contenu et le sens de l'expression » (*Ford c. Québec (P.G.)*, *supra*, note 12, p. 748).

15. Dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, monsieur le juge Lamer a indiqué avec raison que les différentes formes artistiques, comme la langue, devaient s'analyser à la fois comme forme et contenu : « [...] est-il vraiment possible de concevoir le contenu d'une oeuvre musicale, d'une peinture, d'une danse, d'une pièce de théâtre ou d'un film sans faire appel à sa forme ou à son mode de présentation? Il me semble que tout comme la langue colore le contenu de l'écriture ou du discours, les formes artistiques colorent et, en réalité, aident à définir le produit de l'expression artistique » (*Id.*, p. 1182).

16. *Supra*, note 12, p. 764.

S'il faut en croire les cinq juges qui ont pris part à ce jugement, la difficulté n'est pas tant de savoir si la liberté d'expression doit être interprétée comme englobant des catégories particulières d'expression, mais consiste plutôt à déterminer s'il existe une raison pour laquelle la garantie ne devrait pas s'étendre à un type particulier d'expression. Et pour répondre à cette interrogation, l'on ne saurait s'inspirer des tentatives de définition des valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression parce qu'une telle approche aurait pour effet de fusionner la question de savoir si tel mode ou telle forme d'expression fait partie des intérêts protégés par la valeur qu'est la liberté d'expression, à celle de savoir si, en dernière analyse, ce mode ou cette forme d'expression mérite une protection contre toute atteinte sous le régime de la Charte canadienne. D'après la Cour, ces deux questions sont distinctes et appellent des analyses distinctes.

Cette partie du jugement rendu dans l'affaire *Ford* soulève plus de questions qu'elle n'en résoud. La Cour veut-elle insinuer que le choix des valeurs fondamentales sur lesquelles repose la protection de la liberté d'expression n'a aucune incidence sur son champ d'application? L'incantation presque rituelle du principe voulant que les droits fondamentaux doivent être interprétés de façon large et libérale suffira-t-elle pour établir qu'une violation de la liberté d'expression a été commise et pour imposer au gouvernement le fardeau de prouver que cette atteinte est néanmoins raisonnable et justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique? Bien que certains passages puissent le laisser croire¹⁷, ce raccourci ne nous apparaît pas conforme à l'esprit de la Charte¹⁸ et tendrait même à banaliser dangeureusement les droits et libertés qu'elle énonce. La Cour elle-même ne semble pas suivre cette voie, puisqu'elle admet qu'il faut examiner les intérêts et les objets que la liberté d'expression vise à protéger pour déterminer s'il y a eu violation en l'occurrence; et c'est précisément parce que l'expression commerciale «joue un rôle considérable en permettant aux individus de faire des choix économiques éclairés, ce qui représente un aspect important de l'épanouissement individuel et de l'autonomie personnelle»¹⁹ qu'elle mérite une protection constitutionnelle.

17. «Étant donné que cette Cour a déjà affirmé à plusieurs reprises que les droits et libertés garantis par la Charte canadienne doivent recevoir une interprétation large et libérale, il n'y a aucune raison valable d'exclure l'expression commerciale de la protection de l'al. 2b) de la Charte» (*Id.* pp. 766-767).

18. Il n'est peut-être pas inutile de rappeler que la Cour suprême était bien consciente de cette dimension du problème lorsqu'elle écrivait, dans l'arrêt *Big M Drug Mart* (*supra*, note 1, p. 344) que l'objet d'un droit ou d'une liberté «doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la Charte elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la Charte».

19. *Ford c. Québec (P.G.)*, *supra*, note 12, p. 767.

En refusant de se commettre sur la philosophie et les valeurs qui sous-tendent la liberté de s'exprimer au Canada et en minimisant le rôle que peuvent jouer les fondements de cette garantie constitutionnelle dans l'identification des atteintes qui peuvent lui être portées, la Cour a escamoté le débat qui a fait rage aux États-Unis à propos du discours commercial en masquant la rationalité sur laquelle repose son élévation au rang de liberté « fondamentale ». De fait, c'est en une seule phrase que cette épineuse question sera résolue en adoptant sans autre discussion la thèse développée par la Cour suprême américaine dans l'arrêt *Virginia State Board of Pharmacy c. Virginia Citizens Consumer Council Inc.*²⁰ Or, cette équation entre la liberté d'expression commerciale et l'autonomie individuelle des consommateurs ne fait pas l'unanimité au sud du 45^e parallèle, et l'arrêt *Posadas de Puerto Rico Associates c. Tourism Co. of Puerto Rico*²¹ témoigne d'ailleurs des tiraillements qui déchirent encore les juges de la plus haute cour américaine à ce chapitre. Il était acquis, avant même que cette décision soit rendue, que la publicité trompeuse et celle qui avait pour objet de proposer une transaction illégale pouvait être prohibée. Dorénavant, l'État pourra également restreindre ou interdire la publicité dans le seul but de ne pas encourager une activité par ailleurs légale, tant et aussi longtemps que le droit de s'adonner à cette activité ne fait pas l'objet d'une protection constitutionnelle. Ce faisant, la Cour refusa d'accorder une attention particulière aux individus qui procèdent à des choix économiques et remit implicitement en question la prémisse qui l'avait amenée à constitutionnaliser le discours commercial.

Les arguments qui militent en faveur et à l'encontre de l'élargissement du concept d'expression pour y faire entrer le discours commercial sont bien connus et nous ne saurions en traiter ici de façon originale sans déborder le cadre restreint de l'analyse que nous avons entreprise. L'on nous permettra néanmoins d'exprimer notre étonnement devant la pauvreté de l'argumentation développée par la Cour pour justifier la protection qu'elle entend accorder à cette forme d'expression. Non pas que le résultat nous surprenne : la Charte canadienne, on l'a dit et redit, s'inscrit dans une tradition néo-libérale axée sur la valorisation de l'autonomie individuelle qui s'accommode mal des interventions étatiques véhiculant certains choix de société. Encore eut-il été souhaitable que l'on élabore quelque peu sur le contexte philosophique et historique dans lequel s'inscrit la liberté d'expression au Canada, qui diffère sensiblement de la tradition américaine eu égard au rôle de l'État et de la libre-entreprise. De même aurait-on pu s'interroger sur le sens de l'expression « liberté fondamentale » : s'il est juste de prétendre que les ingérences gouvernementales sont très souvent incompatibles avec

20. 425 U.S. 748 (1976).

21. 106 S.Ct. 2968 (1986).

la liberté individuelle, il est tout aussi exact d'affirmer que la véritable autonomie présuppose à l'occasion une intervention active du législateur²². Tel est le cas en matière de publicité commerciale, dans la mesure où cette dernière vise plus souvent qu'autrement à conditionner ou à diriger les choix économiques du consommateur plutôt qu'à favoriser des décisions éclairées. Nul doute que les autorités élues sont mieux placées que l'industrie et les agences de publicité pour harmoniser les divers intérêts en présence et assurer une certaine égalité entre les parties.

Il ne faudrait pas croire que la Cour est insensible à ces préoccupations. Au contraire, elle reconnaît explicitement au législateur une marge de manœuvre considérable en matière socio-économique et a réaffirmé à plusieurs reprises que le caractère commercial de l'expression réglementée « n'est pas nécessairement sans importance du point de vue constitutionnel »²³. Aussi ne faut-il pas se surprendre du fait que toutes les restrictions au discours purement commercial ayant fait l'objet d'une contestation devant la Cour suprême aient été jugées raisonnables dans le cadre d'une société libre et démocratique²⁴. Dans l'arrêt *Ford*, il convient de le rappeler, l'accent était mis sur le choix de la langue et c'est à titre subsidiaire que l'on s'est interrogé sur la question de savoir si la liberté d'expression s'étendait à l'affichage commercial²⁵. Seul l'arrêt *Rocket*, où l'on a décrété l'invalidité d'un texte

22. L'on aura ici reconnu, bien entendu, la distinction cruciale que trace Isaiah Berlin entre la liberté négative (*liberty from*) et la liberté positive (*liberty of*). Voir "Two Concepts of Liberty" dans *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, 1969, pp. 118-172.

23. *Rocket c. Collège Royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232. Dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (P.G.)*, *supra*, note 13, le juge en chef Dickson a écrit aux pp. 993-994:

Les institutions démocratiques visent à ce que nous partagions tous la responsabilité de ces choix difficiles. Ainsi, lorsque les tribunaux sont appelés à contrôler les résultats des délibérations du législateur, surtout en matière de protection de groupes vulnérables, ils doivent garder à l'esprit la fonction représentative du pouvoir législatif. Par exemple, « en réglementant une industrie ou un commerce, il est loisible au législateur de limiter sa réforme législative à des secteurs où il semble y avoir des préoccupations particulièrement urgentes ou à des catégories où cela semble particulièrement nécessaire » (*Edwards Books and Art Ltd*, précité, à la p. 772).

Voir aussi, dans la même veine, les commentaires du juge LAMER dans *Renvoi relatif au Code criminel (Man.)*, *supra*, note 15, p. 1136.

24. Nous faisons ici référence à l'arrêt *Irwin Toy*, où étaient en cause des dispositions réglementant la publicité destinée aux enfants, et au *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1) du Code criminel (Man.)*, dans le cadre duquel on a reconnu le caractère raisonnable d'une disposition visant à interdire la sollicitation à des fins de prostitution dans les endroits publics.

25. La Cour elle-même confirme ce point de vue lorsqu'elle écrit, dans l'arrêt *Irwin Toy*, *supra*, note 13, pp. 966-967:

Dès lors qu'il était décidé que la liberté d'expression exclut l'interdiction d'utiliser la langue de son choix, la question, selon les termes de la Cour (à la p. 766), était devenue celle de savoir si « un but commercial exclut l'expression [...] du champ d'application de la liberté garantie ». Ainsi, bien que le choix de la langue ait constitué le point principal de ces pourvois [*Ford* et *Devine*], l'aspect commercial de l'expression considérée soulevait une question accessoire.

réglementaire restreignant non seulement la forme que pouvait prendre la publicité faite par les membres d'une corporation professionnelle mais également l'information qu'ils pouvaient transmettre, pourrait être perçu comme une exception à la règle que nous venons d'énoncer. Mais en opérant une distinction entre la publicité de produits normalisés et les prétentions plus subjectives quant à la qualité de services comportant l'exercice d'un jugement professionnel, et en laissant entendre que la réglementation de ces dernières se heurteraient à moins d'obstacles constitutionnels, la Cour a considérablement réduit la portée de sa décision. D'autant plus qu'elle mettait en cause l'exercice d'un pouvoir réglementaire et non une politique législative adoptée par des représentants démocratiquement élus. À la limite, il est même permis de se demander si ce n'est pas la libre concurrence que la Cour cherchait à protéger dans cet arrêt bien davantage que la liberté d'expression.

Quoi qu'il en soit, ces premiers jugements de la Cour suprême ont rapidement donné le ton et permis de constater que le pouvoir judiciaire ne se déroberait pas au nouveau mandat que lui avait confié le constituant. Les fondements théoriques sur lesquels repose ce nouvel activisme judiciaire n'en demeurent pas moins fragiles et sont empreints d'ambiguïtés et de contradictions. Toutes les décisions rendues par le plus haut tribunal en matière de liberté d'expression s'articulent en effet autour de deux postulats : 1) la liberté d'expression consacrée par l'article 2b) de la Charte bénéficie à toute activité expressive, sans égard au sens ou au message que l'auteur cherche à transmettre ; 2) la raisonnable restriction à cette liberté fondamentale doit s'analyser en fonction des faits particuliers à chaque affaire plutôt qu'en tenant compte du type de discours dont il s'agit. Comme nous allons maintenant tenter de le démontrer, chacune de ces deux thèses est fallacieuse et n'emporte l'adhésion des juges qu'au prix de nombreuses contorsions.

II. L'IMPOSSIBLE NEUTRALITÉ

Si l'on a effectivement mis un terme aux débats que soulevait l'élargissement de la liberté d'expression au discours commercial dans l'arrêt *Ford*, c'est néanmoins en disposant du pourvoi soulevé par la compagnie Irwin Toy que le plus haut tribunal a explicité sa position eu égard au rôle que peuvent jouer les arguments de nature définitionnelle et qu'il a clairement manifesté sa préférence pour une approche contextuelle. Il en est résulté un test appliqué dans tous les arrêts subséquents et qui peut à juste titre être considéré comme le *locus classicus* de la liberté d'expression au Canada.

Bien qu'elle ne soit pas exempte de contradictions, la démarche empruntée dans l'arrêt *Irwin Toy* constituait la première véritable tentative de départager les limites internes de la liberté d'expression de celles qui peuvent lui être apportées en s'autorisant de l'article premier. L'exercice auquel la Cour se livrait, en d'autres termes, consistait à distinguer entre les arguments fondés sur la définition et ceux qui prennent la forme d'une justification.

Fidèle à son interprétation large et libérale des droits et libertés garantis par la Charte, elle postulera dans un premier temps que l'on ne peut écarter une activité humaine du champ d'application de l'article 2b) en invoquant son contenu ou sa signification. Mais consciente du fait que tous les actes auxquels peut s'adonner un individu ne relèvent pas nécessairement de la liberté d'expression, elle ne mettra pas long à retraiter pour finalement accoucher d'un mode d'emploi beaucoup plus nuancé qu'il n'y paraît à première vue.

Dans un premier temps, la Cour admettra qu'une activité ne peut bénéficier d'aucune protection sous l'angle de la liberté d'expression si elle ne transmet ni ne tente de transmettre une signification, ou encore si elle transmet une signification par une forme violente. Si l'activité fait partie du champ des activités protégées, il faudra déterminer dans un deuxième temps si l'objet ou l'effet de l'action gouvernementale en cause était de restreindre la liberté d'expression. L'on pourra conclure que l'*objet* du gouvernement était de contrôler la transmission d'une signification s'il a directement restreint le contenu de l'expression ou s'il a restreint une forme d'expression liée au contenu. Dans l'hypothèse où le gouvernement ne vise pas à imposer des restrictions à la liberté d'expression et ne le fait qu'accessoirement à sa tentative d'atteindre un autre but, c'est la personne qui se plaint d'une atteinte à ses droits qui aura le fardeau de prouver que la mesure gouvernementale a eu pour *effet* de porter atteinte à la liberté que lui garantit la Constitution. Pour ce faire, le plaignant devra établir un rapport entre le message qu'il voulait transmettre et l'une des valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression, soit la recherche de la vérité, la participation au sein de la société ou l'enrichissement et l'épanouissement personnels²⁶.

Cette façon de voir les choses appelle évidemment plusieurs commentaires. À première vue, cette exégèse de l'article 2b) semble confirmer la volonté déjà manifestée par la Cour de ne pas s'enfermer dans une logique axée sur des catégories ou sur des rationalisations plus ou moins étroites de la liberté d'expression. Est-ce à dire que le concept même de liberté d'expression est dénué de toute signification et qu'il incombera au gouvernement de satisfaire à la norme sévère de l'article 1 dès l'instant où l'on allègue une prétendue violation de la liberté d'expression? Bien que cette perception soit très répandue, nous ne croyons pas qu'elle corresponde à la réalité ni même au discours tenu par la Cour. Au contraire, une lecture attentive de la démarche proposée dans l'arrêt *Irwin Toy* porte à croire que les limites de nature définitionnelle sont plus nombreuses qu'il pourrait y paraître.

La première limite interne qui découle de l'article 2b) lui-même tient à la forme ou au support de l'expression. En excluant les formes d'expression violente, la Cour ouvre une première brèche dans l'universalité

26. Cette analyse est longuement développée par la Cour aux pp. 966-978 de l'arrêt *Irwin Toy* (*supra*, note 13), et la synthèse que nous en faisons s'inspire du résumé qu'elle en fait elle-même aux pp. 978-979.

de la protection accordée par cette liberté fondamentale. L'on rétorquera que cette exception ne met pas vraiment en péril le principe souventes fois répété par la suite suivant lequel des activités ne peuvent être exclues du champ de la liberté d'expression garantie en raison du message qu'elles transmettent. Il n'en demeure pas moins qu'en acceptant de tracer cette distinction, l'on reconnaît qu'il faut donner un sens aux mots et tenir compte à tout le moins de leur connotation linguistique et historique. Qui plus est, il n'est pas du tout certain que cette différenciation soit tout à fait neutre en terme de contenu. En n'articulant pas la prémisse sur laquelle il se fonde pour établir cette dichotomie, le tribunal s'est privé d'un outil qui puisse la rendre opérationnelle et a ouvert de ce fait une véritable boîte de pandore.

Il faut avec raison se méfier de toute tentative visant à distinguer entre les actes et l'expression; l'extrême fluidité de la jurisprudence américaine sur ce sujet illustre la difficulté et le caractère artificiel d'une telle entreprise. Aussi ne peut-on que se réjouir en constatant que la Cour suprême canadienne a plus ou moins abandonné cette grille d'analyse dans l'arrêt *Irwin Toy*²⁷. En revanche, l'on conçoit tous intuitivement que certains comportements participent essentiellement de l'action plutôt que de l'expression; c'est le cas, bien entendu, des actes violents comme le meurtre et le viol. Malgré les sentiments et les émotions que véhiculent ces actes, nul n'oserait prétendre que leur prohibition contrevient à la liberté d'expression de leurs auteurs. Aussi ne faut-il pas se surprendre du fait que la Cour n'ait éprouvé aucune réticence à écarter la violence du champ d'application de l'article 2b) de la Charte²⁸.

Toute la difficulté consiste évidemment à préciser ce qu'il faut entendre par des « formes violentes d'expression ». Dès son tout premier jugement en matière de liberté d'expression, la majorité avait laissé entendre qu'aucune protection ne serait accordée aux menaces de violence, à la destruction de biens et aux « autres types de conduite manifestement illégale »²⁹. Bien que monsieur le juge McIntyre ait par la suite restreint la

27. La Cour illustre sa position en prenant l'exemple d'une personne célibataire qui déciderait de garer sa voiture dans une zone réservée aux conjoints des employés du gouvernement pour manifester son désaccord ou son indignation quant au moyen choisi pour répartir des ressources limitées. Bien que le stationnement d'une voiture soit normalement une activité purement physique, la Cour se dit d'avis que cette personne pourrait se réclamer de la liberté fondamentale garantie par l'article 2b) si elle pouvait démontrer que son geste avait un contenu d'expression.

28. Voir, sur ce point, *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, *supra*, note 6, p. 588. Voir aussi, dans le même sens, *B. C. G. E. U. c. Colombie-Britannique (P. G.)*, *supra*, note 6, p. 245; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (P. G.)*, *supra*, note 13, p. 970; *R. c. Keegstra*, décision inédite de la Cour suprême en date du 13 décembre 1990, aux pp. 24 et suivantes de l'opinion rédigée par monsieur le juge en chef DICKSON et aux pp. 44 et suivantes de l'opinion minoritaire de madame le juge McLACHLIN.

29. Voir *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, *supra*, note 6, p. 588.

portée de ses propos en précisant que les autres conduites auxquelles il songeait étaient celles qui étaient « clairement illégales » et propres à violer des droits constitutionnels³⁰, la majorité ne devait pas le suivre sur ce plan et limita par la suite l'exception à la violence et aux menaces de violence³¹.

Il ne fallait pas s'attendre à ce que la Cour élabore davantage sur cette question épineuse tant et aussi longtemps qu'elle ne serait pas requise de le faire pour solutionner un litige. Seul monsieur le juge Lamer, dans une opinion isolée, accepta de formuler quelques remarques supplémentaires à ce sujet sans y être contraint par les faits qui lui étaient soumis. S'affranchissant de la retenue judiciaire dont se drapent encore trop souvent les tribunaux canadiens, il réitéra d'abord que certaines formes d'expression peuvent être séparées du contenu qu'elles visent à transmettre. Or, à ses yeux, ces formes non protégées d'expression concernent des actes de violence et sont souvent des attaques directes à l'intégrité et à la liberté physiques d'une autre personne³². C'est d'ailleurs ce qui expliquerait que la plupart sinon la totalité de ces formes d'expression violentes constituent des crimes. Sans aller jusqu'à prétendre que la criminalisation d'une activité donnée par le Parlement l'excluait *ipso facto* du rayon d'action de l'article 2b) de la Charte, il laissa néanmoins sous-entendre qu'il y avait une étroite corrélation entre les infractions du *Code criminel* dont l'*actus reus* peut être formé entièrement ou partiellement de paroles ou d'une autre forme d'expression et les formes non protégées d'expression.

30. C'est dans le cadre de l'opinion dissidente qu'il a rédigée dans l'affaire *B. C. G. E. U. c. Colombie-Britannique (P. G.)*, *supra*, note 6, que monsieur le juge McIntyre s'est expliqué à ce sujet. À cette occasion, la Cour était appelée à évaluer la validité d'une ordonnance prononcée par le juge en chef de la Cour supérieure de cette province interdisant le piquetage des palais de justice par un syndicat représentant les employés en grève des tribunaux. Prenant le contrepied de la majorité, pour qui ce piquetage relevait de l'article 2b) de la Charte parce qu'il avait un contenu expressif et qu'il n'avait été entaché d'aucune violence ou menace de violence, monsieur le juge McIntyre opéra la distinction suivante :

Il ne s'agit pas comme *Dolphin Delivery* d'un cas où il fallait établir un équilibre entre des droits contradictoires. En l'espèce, il s'agit de savoir si une personne ou un groupe peut bénéficier d'un droit garanti par la Charte d'agir délibérément de façon à priver les autres des droits que leur garantit la Charte. À mon avis, ce droit ne peut exister et il est donc inutile de recourir à l'article premier, qui ne peut s'appliquer que lorsqu'il y a eu violation d'un droit garanti par la Charte. (p. 252)

31. Il est significatif de constater que dans l'arrêt *Irwin Toy*, la majorité cita le passage de l'arrêt *SDGMR* où monsieur le juge McIntyre exclut les menaces et les actes de violence en omettant cependant la phrase dans laquelle il réfère aux « autres types de conduite manifestement illégale ». *Supra*, note 13, p. 970. Voir aussi, dans le même sens, *Rocket c. Collège Royal des chirurgiens dentistes*, *supra*, note 23, p. 245.

32. Il résume d'ailleurs sa pensée dans les termes suivants : « Il suffit ici de répéter que tout contenu d'expression est protégé alors que la catégorie des formes d'expression qui ne sont pas protégées est restreinte et comprend les atteintes directes à l'intégrité et à la liberté physiques d'une autre personne par des moyens violents » (*Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, *supra*, note 15, p. 1186; (les italiques sont dans le texte).

Mais c'est dans l'affaire *R. c. Keegstra*³³ que la Cour devait finalement s'attaquer de plein fouet à ce problème. Était en cause dans cette affaire la validité de l'article 319(2) du *Code criminel*, en vertu duquel l'accusé avait été inculpé d'avoir volontairement fomenté la haine contre un groupe identifiable en faisant des déclarations antisémites. L'avocat du procureur-général avait tenté de soutenir que la fomentation volontaire de la haine était une activité qui, par sa forme et ses conséquences, était analogue à la violence ou aux menaces de violence. Invoquant un extrait de l'arrêt *Irwin Toy* où l'on avait énoncé que « la liberté d'expression est la garantie que nous pouvons communiquer nos pensées et nos sentiments, de façon non violente, sans crainte de la censure »³⁴, le gouvernement prétendait que la propagande haineuse nuisait à la capacité des membres des groupes cibles de communiquer des pensées et des sentiments et devait pour cette raison être assimilée à la violence et aux menaces de violence. Tous les juges devaient ultimement rejeter cette argumentation, mais pour des motifs fort différents.

L'approche retenue par monsieur le juge en chef Dickson au nom de la majorité est sans doute la plus cohérente et celle qui s'accorde le mieux avec la philosophie épousée plus ou moins consciemment par la Cour dans ses décisions antérieures. Se faisant fort de rappeler que l'arrêt *Irwin Toy* postule au départ que le contenu de l'expression est sans pertinence pour déterminer la portée de l'article 2b), il en déduisit rapidement que seuls les messages transmis directement par la violence physique devaient être laissés sans protection constitutionnelle. Si l'on suit ce raisonnement jusqu'au bout, il est effectivement inconcevable d'étendre l'exception aux menaces de violence puisque ces dernières ne peuvent être classées que par référence à leur signification. Partant, il était inutile de décider si les aspects menaçants de la propagande haineuse peuvent être considérés comme des menaces de violence³⁵.

Bien que ce nouveau resserrement de l'exception proposée originalement dans l'arrêt *Dolphin Delivery* et entériné dans toutes les décisions ultérieures soit quelque peu inattendu, il n'en procède pas moins d'une logique

33. *Supra*, note 28.

34. *Supra*, note 13, p. 970. Ce passage est cité aux pp. 24-25 de l'opinion rédigée par monsieur le juge DICKSON.

35. L'essentiel de son raisonnement sur ce point tient dans le passage suivant :

Bien que la ligne de démarcation entre la forme et le contenu ne soit pas toujours facile à tracer, les menaces de violence ne peuvent à mon avis être classées que par référence au contenu de leur signification. Comme telles, elles ne relèvent pas de l'exception dont parle l'arrêt *Irwin Toy* et leur suppression doit pouvoir se justifier en vertu de l'article premier. Comme j'estime que les menaces de violence ne sont pas exclues de la définition de l'expression envisagée à l'al. 2b), il est inutile de décider si les aspects menaçants de la propagande haineuse peuvent être considérés comme des menaces de violence, ou analogues à de telles menaces, de manière à lui enlever la protection qu'accorde l'al. 2b). (*R. c. Keegstra, supra*, note 28, p. 27).

implacable. Dès l'instant où l'on allègue qu'une activité humaine ne peut être écartée du champ de la garantie de la liberté d'expression à cause de son contenu, l'on voit mal les raisons qui pourraient motiver l'exclusion d'un discours, aussi offensant ou inflammatoire puisse-t-il être. Et en principe, la forme que pourra prendre cette activité expressive importera peu, tant et aussi longtemps que l'objectif sera de transmettre une signification. Si le fait de garer sa voiture dans un endroit interdit peut, dans certaines circonstances, être interprété comme un geste expressif et un signe de protestation³⁶, *a fortiori* doit-il en être de même des menaces de violence et des propos diffamatoires ou haineux. À la limite, l'on pourrait arguer que des actes violents comme le meurtre ou le viol ont également un contenu expressif en ce qu'ils manifestent à l'état brut des sentiments et des passions. Cette dimension, sans être négligeable, est néanmoins tellement secondaire par rapport au préjudice infligé à la victime qu'elle ne mérite pas de retenir l'attention.

Ce n'est pourtant pas à cause de leur faible contenu expressif que monsieur le juge Dickson refuse d'accorder quelque protection que ce soit aux comportements violents, mais bien à cause de « l'incompatibilité totale de cette forme d'expression avec les valeurs sous-tendant la liberté d'expression »³⁷. Voilà qui ne manque pas d'étonner. Ne réintroduit-on pas de nouveau une analyse fondée sur la définition de cette liberté fondamentale? Dans la mesure où l'on admet que l'ampleur de la garantie accordée à la liberté d'expression est fonction des valeurs qui la sous-tendent, n'ouvre-t-on pas la porte toute grande à l'examen de certaines autres formes d'expression, et même à la censure de certains types de message? Si des atteintes à l'intégrité physique nuisent très certainement à l'épanouissement des personnes visées et à leur capacité de communiquer, n'en va-t-il pas de même des attaques à leur dignité et à leur intégrité morale? Ces questions mettent en lumière les tensions qui subsistent encore dans l'interprétation de l'article 2b) de la Charte et incitent à penser que la Cour pourrait bien être amenée à reconsidérer sa position lorsqu'elle aura à évaluer la conformité de certaines autres dispositions du *Code criminel* avec l'article 2b) de la Charte. À moins de vouloir pousser la logique jusqu'au bout, l'on voit mal comment l'incitation à la mutinerie, la promotion de combats concertés, les fausses déclarations pour une autorisation d'arme à feu, le parjure, et le fait de conseiller le suicide ou la commission d'une infraction, pour ne citer que ces quelques exemples, pourraient être considérés comme l'exercice d'une liberté fondamentale et assimilés à des actes expressifs compatibles avec les valeurs dont se nourrit cette garantie constitutionnelle. Pour en arriver à ce résultat, la Cour devra bien sûr renoncer à la fiction voulant que l'article 2b) protège tout le contenu de l'expression sans égard à la signification ou au message que l'on tente de transmettre. En contrepartie, elle pourra faire preuve d'une plus grande

36. *Irwin Tow Ltd. c. Québec (P.G.)*, *supra*, note 13, p. 969.

37. *R. c. Keegstra*, *supra*, note 27, p. 26.

cohérence à l'étape de l'article 1 tout en évitant d'envoyer des signaux contradictoires aux justiciables. Car ce n'est pas le moindre des paradoxes que de lire sous la plume du juge Dickson un long exposé tendant à démontrer que les restrictions apportées à la propagande haineuse pourront se justifier plus facilement que d'autres atteintes à la liberté d'expression parce que ce type de messages apporte peu aux valeurs que cherche à promouvoir l'enchâssement de cette liberté fondamentale et pourrait même leur porter ombrage³⁸.

Quant à la minorité, elle ne disconvient pas du fait que les menaces de violence, comme la violence elle-même, sont étrangères aux valeurs qui imprègnent la libre expression et en sapent même les justifications essentielles. Si elle refuse d'étendre la portée de cette exception pour y faire entrer la propagande haineuse et la fomentation de la haine, c'est essentiellement parce qu'elle ne nuirait aucunement au bon fonctionnement de la démocratie³⁹. Malheureusement, le raisonnement de madame le juge McLachlin sur ce point est un peu court. À moins de vouloir méconnaître le concept de discrimination, qui est le fondement même de la disposition contestée⁴⁰, l'on voit mal en effet comment l'on peut prétendre que les attaques outrageantes auxquelles se livrent les protagonistes dans le feu d'un débat politique peuvent être rapprochées de la propagande haineuse. Peut-être est-il « impossible de concevoir un vif débat politique sur une question controversée dans lequel les participants ne tentent pas de faire douter de la crédibilité des idées, des

38. Bien qu'il persiste à prétendre que « la protection de déclarations extrêmes, même lorsqu'elles attaquent les principes qui sous-tendent la liberté d'expression, n'est pas tout à fait étrangère aux objets de l'al. 2b) de la Charte » (*supra*, note 27, p. 69), l'on perçoit mal dans quelles circonstances cette profession de foi pourrait avoir des répercussions réelles. En ajoutant du même souffle que « la propagande haineuse ne devrait pas peser très lourd dans l'analyse fondée sur l'article premier » (*ibid*) et en reprenant la conclusion à laquelle on en était arrivé dans l'affaire *Rocket* en rapport avec le discours commercial et suivant laquelle le standard de justification sera moins strict, il est difficile de concevoir comment une restriction à la propagande haineuse pourrait être qualifiée de déraisonnable.

39. S'en remettant à une conception très étroite de la violence et des menaces de violence, la minorité avait au préalable écarté la possibilité d'assimiler la propagande haineuse à l'une ou l'autre de ces exceptions. Cette approche est cependant fort discutable. Pourquoi la violence ne connoterait-elle que l'usage de la force physique destinée à infliger des lésions à des personnes ou des dommages à des biens? Les dommages psychologiques subis par des individus à la suite de propos racistes, pour être moins faciles à évaluer, n'en sont-ils pas moins tout aussi réels? Peut-on vraiment affirmer avec certitude que la propagande haineuse n'a pas pour effet d'astreindre le groupe vilipendé à une certaine conduite? Une discussion approfondie de ces questions excéderait manifestement le cadre de ce bref exposé. L'on aurait cependant été en droit de s'attendre à ce que la minorité n'élude pas ces problèmes et en traite d'une façon un peu plus approfondie qu'elle ne l'a fait.

40. Il ne faut pas oublier que l'article 319(2) interdit la fomentation volontaire de la haine contre un « groupe identifiable », cette expression désignant « toute section du public qui se différencie des autres par la couleur, la race, la religion ou l'origine ethnique ».

conclusions et du jugement de leurs adversaires »⁴¹. Mais encore une fois, cela n'a rien à voir avec une diatribe dirigée contre un groupe de personnes facilement identifiable en fonction de caractéristiques personnelles inaltérables. Et l'on ne fait qu'ajouter à la confusion en concédant qu'il peut y avoir une différence énorme entre les qualificatifs peu flatteurs dont on affuble un adversaire politique et les déclarations visées par l'article 319(2), mais qu'il s'agit d'« une différence de contenu plutôt que de forme ». Après tout, les menaces de violence ne doivent-elles pas elles aussi s'analyser en fonction de leur contenu⁴²? Quoi qu'il en soit, et malgré les nombreuses difficultés que nous éprouvons à sa lecture, ce jugement a néanmoins le mérite de situer le débat là où il doit avoir lieu. Sans doute eut-il été préférable de prendre en considération les objectifs plus larges que vise à promouvoir la Charte plutôt que de se confiner aux valeurs sur lesquelles repose la liberté d'expression pour en dessiner les contours ; mais c'est là une possibilité sur laquelle nous reviendrons bientôt.

Dans les pages qui précèdent, nous nous sommes longuement attardés aux formes violentes d'expression pour tenter de démontrer non seulement que la Cour suprême accepte d'écarter au stade même de la définition certains types de message, mais encore qu'il est pour le moins périlleux de prétendre pouvoir dissocier complètement la forme et le fond. Cet exercice ne doit cependant pas nous faire perdre de vue les autres limites internes à la liberté d'expression qui découlent de l'article 2b) lui-même. Dans l'arrêt *Irwin Toy*, on s'en souviendra, la Cour avait pris soin de préciser que l'on ne conclura à une violation de la liberté d'expression que dans l'hypothèse où l'action gouvernementale a effectivement eu pour objet ou pour effet de restreindre l'activité expressive protégée. Bien que cette deuxième étape ne soit pas formulée en termes de champ d'application, il est indéniable qu'elle vient ajouter d'autres qualifications avant même que le gouvernement puisse être tenu de justifier son intervention. Ce résultat est particulièrement frappant lorsque le plaignant allègue que la mesure gouvernementale, bien que parfaitement admissible sur le plan des principes, a pour effet de restreindre sa liberté d'expression. Cette mesure étant présumée valide par la Cour, c'est au demandeur qu'il appartiendra d'établir que son but était de transmettre un message ayant un rapport avec la recherche de la vérité, la participation au sein de la société ou l'enrichissement et l'épanouissement personnels. Ce faisant, la Cour attache des conséquences importantes à une distinction dont elle ne tente même pas de justifier la pertinence, et elle contrevient au principe qu'elle avait énoncé quelques pages auparavant lorsqu'elle écrivait que l'on

41. R. c. *Keegstra*, *supra*, note 28, pp. 47-48 de l'opinion rédigée par madame le juge McLACHLIN.

42. C'est d'ailleurs précisément pour ce motif, ne l'oublions pas, que monsieur le juge Dickson a refusé de les exclure du champ de la protection conférée par l'article 2b).

ne peut « écarter une activité humaine du champ de la garantie de la liberté d'expression en se basant sur le contenu ou la signification »⁴³.

D'autre part, la présomption d'invalidité qui entâche toute mesure dont l'*objet* est de contrôler la transmission d'un message est elle-même circonscrite. Si la restriction porte sur une forme d'expression liée au contenu, la présomption jouera ; mais si le gouvernement entendait prévenir les conséquences matérielles d'une conduite particulière, on dira que son objet n'est pas répréhensible. Voilà une dichotomie qui sera pour le moins difficile à opérer dans les faits. D'abord parce que le gouvernement pourra à l'occasion tenter de maquiller ses intentions, comme la Cour elle-même le reconnaît ; mais surtout parce que l'expression, lorsqu'elle est transmise par le biais d'une conduite ou d'un geste, sera plus souvent qu'autrement liée de façon indissociable à certaines conséquences matérielles⁴⁴. Qui plus est, ce nouveau tempérament à la liberté d'expression permet encore une fois de constater que la Cour n'est pas totalement réfractaire à l'idée de circonscrire la portée de cette liberté fondamentale à l'étape même de sa définition ; en acceptant de faire prévaloir certains objectifs gouvernementaux comme la propreté et l'ordre sur les intérêts de ceux qui se livrent à une activité expressive, l'on admet que la réconciliation des diverses forces en présence ne passe pas toujours par l'investigation que commande l'article 1 de la Charte.

III. LES CATÉGORIES REFONT SURFACE

Tel que l'a révélé l'analyse sommaire à laquelle nous nous sommes livrés dans les pages qui précèdent, il n'est pas tout à fait exact de prétendre que l'article 2b) de la Charte protège indistinctement toutes les activités expressives auxquelles peut s'adonner un individu. En effet, tout porte à croire que certains types de discours ne relèveront pas de cette liberté fondamentale pour des motifs liés à la forme qu'ils empruntent mais également (quoique de façon moins évidente) à cause du contenu qu'ils véhiculent. Néanmoins, la Cour suprême persiste à privilégier une approche contextuelle en restreignant et en minimisant le plus possible les brèches qu'elle ouvre dans l'universalité d'application de la liberté d'expression. Cette préférence semble procéder de la conviction que les droits fondamentaux seront mieux protégés si le juge

43. *Irwin Toy Ltd. c. Québec (P.G.)*, *supra*, note 13, p. 969.

44. Le test que propose la Cour pour élucider son propos est quelque peu circulaire et tient dans le passage suivant : « Pour décider si l'objet du gouvernement est simplement de prévenir des conséquences matérielles préjudiciables, il faut se demander si le méfait est dans le message de l'activité ou dans l'influence qu'il est susceptible d'avoir sur le comportement des autres, ou encore si le méfait est uniquement dans le résultat matériel direct de l'activité » (*Irwin Toy Ltd. c. Québec (P.G.)*, *supra*, note 13, p. 976). En fait, cette distinction se rapproche beaucoup de celle qu'ont élaborée les tribunaux américains entre les restrictions liées au contenu et celles qui se rapportent au lieu, aux heures et au mode d'expression (*time, place and manner*).

est habilité à soupeser, en tenant compte des faits particuliers à chaque espèce, les valeurs qui peuvent entrer en conflit avec ces droits⁴⁵. Sans compter que le refus de protéger certaines catégories de communications dont on peut douter de la valeur intrinsèque pourrait paver la voie à l'exclusion d'autres discours dont le seul vice serait d'exposer des points de vue minoritaires⁴⁶.

Sans doute faut-il se réjouir de la circonspection affichée par la Cour suprême et de sa résistance à la tentation d'interpréter trop restrictivement le concept de « liberté d'expression ». L'exégèse de la Charte par les tribunaux doit se poursuivre encore un certain temps avant que l'on puisse songer à exclure en bloc et à l'étape même de la définition un trop grand nombre d'activités expressives. Mais si tel est le cas, l'on doit également se garder des généralisations trop hâtives lorsque vient le moment d'examiner la compatibilité d'une restriction avec l'article 1 de la Charte. Or, à ce chapitre, les décisions rendues par le plus haut tribunal en matière de liberté d'expression ne sont pas exemptes d'ambiguïté.

Tout en se gardant bien de raisonner explicitement en termes de catégories, la Cour a plusieurs fois reconnu que les limites apportées par le législateur à certains types de discours pourraient être plus faciles à justifier que d'autres⁴⁷. Ce faisant, l'on réintroduit par la bande et aux fins de

45. Dans l'affaire *Keegstra*, tous les juges se sont ralliés à cette méthode d'analyse et ont apporté leur soutien à la position qu'avait défendue madame le juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (P.G.)* et dont monsieur le juge Dickson a cité l'extrait pertinent :

[...] une liberté ou un droit particuliers peuvent avoir une valeur différente selon le contexte. Par exemple, il se peut que la liberté d'expression ait une importance plus grande dans un contexte politique que dans le contexte de la divulgation des détails d'une affaire matrimoniale. La méthode contextuelle tente de mettre clairement en évidence l'aspect du droit ou de la liberté qui est véritablement en cause dans l'instance ainsi que les aspects pertinents des valeurs qui entrent en conflit avec ce droit ou cette liberté. Elle semble mieux saisir la réalité du litige soulevé par les faits particuliers et être donc plus propice à la recherche d'un compromis juste et équitable entre les valeurs en conflit en vertu de l'article premier. ([1989] 2 R.C.S. 1326, pp. 1355-1356.

Cité par monsieur le juge DICKSON à la p. 32 de son opinion dans l'arrêt *Keegstra*; voir aussi l'opinion de madame le juge McLACHLIN dans ce même arrêt, aux pp. 65-66.

46. C'est à cette pente glissante que monsieur le juge Dickson fait allusion lorsqu'il écrit : « De plus, approuver la décision collective d'une démocratie de se protéger contre certains types d'expression peut entraîner sur une pente dangereuse qui conduit à l'autorisation d'atteintes à une expression essentielle aux valeurs sous-jacentes à l'al. 2b). Pour parer à cette éventualité, la protection de communications qui s'opposent avec virulence aux valeurs de la libre expression peut être nécessaire pour protéger contre des restrictions injustifiables une expression plus compatible avec ces valeurs » (R. c. *Keegstra*, *supra*, note 28, p. 69 des motifs rédigés par le juge en chef).

47. Dans l'affaire *Rocket*, *supra*, note 22, p. 247, madame le juge McLachlin a clairement laissé entendre que les restrictions apportées par le législateur au discours commercial pourraient être plus faciles à justifier que d'autres atteintes. L'ouverture d'esprit avec laquelle on a examiné la validité des restrictions apportées à ce type d'expression dans l'arrêt *Irwin Toy* et dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'alinéa 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)* illustre d'ailleurs

déterminer avec quelle rigueur doit être appliqué l'article 1, des distinctions que l'on se refuse pourtant à faire pour délimiter la portée qu'il faut attribuer à la liberté d'expression. Ainsi, l'on a nettement l'impression que les juges seront plus conciliants et feront preuve d'une plus grande déférence à l'endroit du gouvernement lorsque ce dernier intervient pour réglementer le discours commercial et la propagande haineuse par opposition à la diffusion d'idées politiques. L'on aurait mauvaise grâce d'insister outre mesure sur les divers standards de justification auxquels peuvent être assujetties des restrictions selon que le gouvernement entendait arbitrer un conflit entre des groupes qui s'opposent ou qu'il se pose au contraire comme l'« adversaire singulier » de l'individu dont les droits ont été violés⁴⁸. Cette modulation des critères auxquels doit satisfaire une restriction a été abondamment commentée par la doctrine⁴⁹ et la Cour n'en fait d'ailleurs pas mystère ; elle s'en est même expliquée dans l'arrêt *Irwin Toy* en réitérant que la Charte ne devait pas servir d'instrument au service des plus favorisés et qu'il fallait garder à l'esprit la fonction représentative du pouvoir législatif lorsqu'il cherche à protéger des groupes vulnérables⁵⁰. Ce que l'on semble moins facilement admettre, c'est le lien qu'il est permis de faire entre le *type* d'expression auquel on

parfaitement ce point de vue. L'opinion rédigée par monsieur le juge Dickson dans l'arrêt *Keegstra*, *supra*, note 28, est également très révélatrice. En écrivant que « l'expression interdite par le par. 319(2) n'est pas étroitement liée à la raison d'être de l'al. 2b) » et que « l'expression destinée à fomenter la haine contre des groupes identifiables ne revêt qu'une importance limitée par rapport aux valeurs sous-tendant la liberté d'expression » (*id.*, p. 64), il raisonne d'abord en termes conceptuels et il attachera d'ailleurs bien peu d'importance aux propos tenus par l'accusé et au contexte dans lequel ils ont été prononcés.

48. C'est principalement dans l'application du deuxième volet du critère de proportionnalité que la différence de standard se fera sentir. Dans l'arrêt *R. c. Oakes* (*supra*, note 1), où l'on s'interrogeait sur la validité d'un renversement du fardeau de preuve, la Cour a rigoureusement exigé que les moyens utilisés pour atteindre un objectif par ailleurs important portent atteinte « le moins possible » au droit à la présomption d'innocence. Mais dans l'arrêt *Edwards Books and Art Ltd. c. La Reine*, [1986] 2 R.C.S. 713, c'est une loi prescrivant les jours fériés et les heures de fermeture et d'ouverture pour les commerces dont on devait évaluer la constitutionnalité ; ayant conclu qu'elle portait atteinte à la liberté de religion, la Cour estima néanmoins qu'il s'agissait d'une limite raisonnable en assouplissant considérablement son test de proportionnalité. Elle indiqua entre autres que la loi n'avait pas à être parfaitement ajustée aux objectifs visés pour résister à un examen judiciaire, la simplicité et la commodité administrative étant des préoccupations légitimes pour le législateur. Elle ajouta même que « les tribunaux ne sont pas appelés à substituer des opinions judiciaires à celles du législateur quant à l'endroit où tracer une ligne de démarcation », et qu'il n'appartient pas à la Cour « de concevoir une loi qui soit constitutionnellement valide, de se prononcer sur la validité de régimes dont elle n'est pas saisie directement, ni d'examiner quelles mesures législatives pourraient être les plus souhaitables » (*id.*, pp. 782-783). De sorte qu'il est permis de croire, comme c'est le cas aux États-Unis, que le choix du test aura un impact déterminant sur le résultat de la contestation.

49. Voir, entre autres, G.D. CREIGHTON, "Edwards Books and Section 1 : Cutting Down Oakes?", (1987) 55 *Crim. Rep.* 269 ; R.P. KEERANS, "The Future of Section 1 of the Charter", (1989) 23 *U.B.C.L.R.* 567.

50. *Supra*, note 13, pp. 993-994.

a porté atteinte et la sévérité de l'examen requis par l'article 1 de la Charte. L'un des principaux avantages découlant d'une interprétation large et libérale des droits et libertés garantis par la Charte, au dire de la Cour, réside dans la possibilité qu'offre ensuite l'article 1 de situer des valeurs contradictoires dans leur contexte factuel et social et d'évaluer la constitutionnalité d'une restriction avec sensibilité et en fonction de chaque cas particulier; mais en pratique, l'on ne peut manquer d'observer que l'attitude des juges est davantage conditionnée par l'importance qu'ils attachent au genre d'expression sur lequel porte la restriction que par les paroles ou les gestes de l'individu qui se plaint d'une atteinte à ses droits.

Cette ambivalence manifestée par la Cour est peut-être inévitable; en effet, la récurrence d'une approche fondée sur des catégories reflète possiblement une intuition profondément ancrée chez la majorité des citoyens en vertu de laquelle tous les types d'expression n'ont pas une valeur égale et ne méritent pas le même degré de protection. Bien entendu, toute la difficulté consistera à déterminer comment il faut s'y prendre pour garantir de façon optimale la liberté d'expression sans trop s'écarter des perceptions instinctives de la population. De la résolution de cette équation dépendra, à terme, l'épanouissement véritable et la consolidation de cette liberté fondamentale au Canada.

Encore une fois, nous ne saurions qu'être d'accord avec ceux qui répugnent à l'idée de transformer l'article 2b) en passoire et qui se refusent pour cette raison à des exclusions par trop systématiques. Mais il faut également éviter de pécher par excès contraire. Une définition trop étroite de la liberté d'expression peut certes se traduire par une absence de protection pour un très grand nombre d'activités expressives et ainsi nous entraîner sur une pente glissante; mais une approche trop libérale qui consacrerait comme liberté fondamentale toutes les communications sans distinction aucune recèlerait également de nombreux problèmes.

D'abord, la plupart des auteurs américains s'entendent pour dire que plus on étend la portée d'un droit ou d'une liberté, plus on s'expose à en réduire la force⁵¹. Au Canada, ce phénomène s'est traduit par l'élaboration d'un test variable et plus ou moins sévère lorsque vient le moment d'évaluer la raisonnable d'une restriction: plus on s'éloigne du noyau dur que constitue

51. Le professeur FRÉDÉRIK SCHAUER, sur qui la Cour suprême du Canada s'est fréquemment appuyé, a écrit à ce sujet: "[...] although the scope of a right and the strength of that right are not joined by a strict logical relationship, they most often occur in inverse proportion to each other. The broader the scope of the right, the more likely it is to be weaker, largely because widening the scope increases the likelihood of conflict with other interests, some of which may be equally or more important". (*Free Speech: A Philosophical Enquiry*, Cambridge University Press, 1982, pp. 134-135). Voir aussi, dans le même sens, V. BLASI, "The Pathological Perspective and the First Amendment", (1985) 85 *Col. L.R.* 449, p. 479 ("The wider the reach of First Amendment coverage, the greater seems to be the juridical affinity for instrumental reasoning, balancing tests, differential levels of scrutiny, and pragmatic judgments").

la liberté d'expression politique, plus les tribunaux seront enclins à donner leur aval aux choix du législateur ou du gouvernement. De telle sorte que les tribunaux risquent très souvent d'envoyer des signaux contradictoires aux justiciables ; quelle crédibilité la Charte aura-t-elle si les tribunaux accordent le statut de liberté fondamentale à certains types d'activités expressives traditionnellement dénuées de toute protection, pour ensuite entériner la très grande majorité des restrictions qui peuvent leur être apportées ?

L'approche circonstanciée que commande l'article 1 accorde sans contredit au pouvoir judiciaire une marge de manœuvre suffisante pour échapper à cette logique des catégories et des tests prédéterminés, si tant est que l'on veuille se prévaloir de cette flexibilité. Y parviendrait-on qu'il en résulterait cependant pour le justiciable une plus grande incertitude. Comme l'ont démontré les affaires *Irwin Toy* et *Keegstra*, décidées par une majorité de quatre contre trois, la raisonnable mesure peut donner lieu à des appréciations fort différentes. Si l'on devait au surplus se refuser à toute généralisation et s'en tenir à une approche strictement ponctuelle, on ouvrirait la porte toute grande aux préjugés et à l'arbitraire des juges.

Le dilemme, on le voit, est de taille. Et pour le juriste américain, il n'a rien d'inusité. La polémique qui a fait rage entre ceux qui voulaient interpréter le Premier Amendement de façon absolue et ceux qui privilégiaient une protection modulée en fonction des circonstances et des intérêts en présence a longtemps tirailé les juges du plus haut tribunal et continue de susciter de vives passions. Bien que la Charte canadienne soit formulée différemment de la Constitution américaine et contienne une clause expresse de limitation, il serait pour le moins surprenant que l'on puisse faire l'économie de ce débat et que l'on ne s'interroge pas sur la meilleure façon d'assurer la prééminence de la liberté d'expression.

Non pas que l'on doive transposer servilement en contexte canadien les paramètres de la discussion, les arguments qui ont été développés et les solutions qui ont été retenues aux États-Unis. Déjà, la Cour suprême du Canada a fait preuve d'originalité et d'indépendance en rejetant entre autres la théorie du « forum public » et la distinction « action-expression », et ce alors même qu'elle était appelée à se prononcer sur des problèmes (comme la propagande haineuse et le discours commercial) maintes fois traités par la Cour suprême américaine. Il n'y a donc aucune raison de penser que l'on ne poursuivra pas sur cette lancée et que la profession juridique ne continuera pas à tenir compte de l'histoire et des valeurs qui insufflent vie à la Charte pour développer une méthode proprement canadienne qui permette d'optimiser la protection de la liberté d'expression.

CONCLUSION

Sans vouloir préjuger de la méthode qui pourra ultimement être retenue pour trancher le dilemme auquel nous faisons allusion plus haut,

nous estimons qu'elle devrait permettre d'apporter des restrictions à l'activité expressive en s'appuyant tout autant sur la définition de cette liberté fondamentale que sur les justifications qu'autorise l'article 1. Au dire même de la Cour suprême, les droits doivent être interprétés dans une perspective téléologique, en tenant compte « de la nature et des objectifs plus larges de la Charte elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la Charte »⁵². Par conséquent, c'est dans le cadre même de l'article 2b) que devront être soupesés et réconciliés les divers droits et libertés garantis par la Charte ; une analyse contextuelle, à ce chapitre, serait de bien peu d'utilité. Par contre, c'est à l'étape de l'article premier que devront être mis en balance les objectifs politiques, économiques et sociaux que peut poursuivre le gouvernement au nom de la majorité et les droits et libertés des citoyens auxquels ces objectifs peuvent se heurter⁵³. L'on conçoit aisément que dans cette deuxième hypothèse, les faits puissent revêtir une importance cruciale et que les circonstances particulières de chaque affaire soient déterminantes lorsque vient le moment de décider si les droits individuels doivent ou non céder le pas devant les intérêts de la collectivité.

Cette distinction entre les arguments de principe, destinés à faire valoir des droits, et les arguments de nature politique, qui tendent plutôt à convaincre du bien-fondé d'un objectif collectif, n'est pas nouvelle et a été fort brillamment exposée par le professeur Dworkin dans le contexte constitutionnel américain⁵⁴. Bien que l'on ne puisse s'attendre à ce que cette ligne de démarcation soit toujours facile à tracer, elle a au moins le mérite de coller à la structure interne de la Charte et pourrait permettre de résoudre avec un peu plus de cohérence, lorsqu'elle se pose, la question de savoir si l'on doit raisonner en terme de définition ou de justification. Par surcroît, cette façon de voir les choses expliquerait le malaise intuitif que certains ont pu éprouver à la lecture de l'arrêt *Keegstra* devant la fin de non-recevoir à laquelle se sont heurtés tous ceux qui ont invoqué le droit à l'égalité et le droit international pour exclure la propagande haineuse du champ d'application de la liberté d'expression.

52. R. c. *Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, note 1, p. 344.

53. Dans l'arrêt R. c. *Oakes*, *supra*, note 1, à l'occasion duquel la Cour suprême a exposé la démarche à suivre pour évaluer la raisonnabilité d'une limite à un droit ou à une liberté, monsieur le juge Dickson a écrit au nom de la majorité : « Toutefois, les droits et libertés garantis par la Charte ne sont pas absolus. Il peut être nécessaire de les restreindre lorsque leur exercice empêcherait d'atteindre des *objectifs sociaux fondamentalement importants*. C'est pourquoi l'article premier prévoit des critères de justification des limites imposées aux droits et libertés garantis par la Charte. Ces critères établissent une norme sévère en matière de justification, surtout lorsqu'on les rapproche des deux facteurs contextuels examinés précédemment, savoir la violation d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution et les principes fondamentaux d'une société libre et démocratique » (p. 136 ; ce sont nos italiques).

54. Voir son article intitulé "Hard Cases", reproduit dans *Taking Rights Seriously*, Duckworth, 1977, pp. 81 et ss.