

La signification du droit à la liberté d'expression au crépuscule de l'idéal

Stéphane Bernatchez

Volume 53, Number 4, December 2012

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1013003ar>
DOI: <https://doi.org/10.7202/1013003ar>

[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

Bernatchez, S. (2012). La signification du droit à la liberté d'expression au crépuscule de l'idéal. *Les Cahiers de droit*, 53(4), 687–713.
<https://doi.org/10.7202/1013003ar>

Article abstract

Grounded in political liberalism, freedom of speech is often considered to be the most fundamental of liberties within a democratic regime. Decisions of the Supreme Court of Canada have reasserted such basic tenets by reasserting the marketplace of ideas metaphor and the principle of State neutrality. Moreover, it has accepted the limiting of freedom of speech owing to the harm principle. This article seeks to demonstrate the insufficiencies of such conceptualization and rather defends the thesis that legal debates pertaining to freedom of speech rather issue from disagreements as to the social meaning of the expression, thereby substituting a pragmatic approach to the liberal ideology.

La signification du droit à la liberté d'expression au crépuscule de l'idéal*

Stéphane BERNATCHEZ**

Fondée sur le libéralisme politique, la liberté d'expression est souvent considérée comme la plus fondamentale des libertés en régime démocratique. Dans sa jurisprudence, la Cour suprême du Canada a réaffirmé ces fondements, en reprenant la métaphore du marché libre des idées et le principe de la neutralité de l'État. De plus, elle a accepté la limitation de la liberté d'expression en vertu de la théorie du préjudice. Le présent article tente de montrer les insuffisances d'une telle conceptualisation et défend la thèse que les débats juridiques relatifs au droit à la liberté d'expression relèvent plutôt de désaccords quant à la signification sociale de l'expression, substituant ainsi une approche pragmatiste à l'idéal libéral.

Grounded in political liberalism, freedom of speech is often considered to be the most fundamental of liberties within a democratic regime. Decisions of the Supreme Court of Canada have reasserted such basic tenets by reasserting the marketplace of ideas metaphor and the principle of State neutrality. Moreover, it has accepted the limiting of freedom of speech owing to the harm principle. This article seeks to demonstrate the insufficiencies of such conceptualization and rather defends the thesis that legal debates pertaining to freedom of speech

* L'auteur remercie M. René Bougie pour le travail de recherche effectué alors qu'il était étudiant à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

** Professeur agrégé, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

rather issue from disagreements as to the social meaning of the expression, thereby substituting a pragmatic approach to the liberal ideology.

	Pages
1 Les fondements libéraux de la liberté d'expression	691
1.1 Le marché (libre) des idées	691
1.2 La neutralité de l'État	695
2 La limitation de la liberté d'expression	703
2.1 Le préjudice à autrui	703
2.2 La signification sociale de l'expression	706
Conclusion	711

Ce dont on ne peut parler, il faut le taire.***

Si la liberté d'expression est largement considérée comme la liberté la plus fondamentale qui existe en régime démocratique, c'est principalement en raison des fondements, associés au libéralisme, qui sont invoqués au soutien de cette liberté. Alors que l'arrière-plan libéral de la liberté d'expression a été maintes fois consacré dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, de nombreuses limitations de cette liberté ont néanmoins été acceptées, au motif qu'il s'agissait de limites raisonnables dont la justification se démontre dans le contexte d'une société *libre* et démocratique. Ainsi, tandis que le discours judiciaire prône une conception fortement libérale de la liberté d'expression, les arguments développés par les juges dans la limitation de cette liberté s'éloignent du libéralisme, montrant du même coup certaines limites de cette approche. Le présent texte a donc pour objet de démontrer que, malgré ce qu'affirme la Cour suprême dans sa jurisprudence, l'application du droit à la liberté d'expression ne correspond pas à ce que prescrit la théorie du libéralisme.

Selon cette dernière, la liberté d'expression constituerait une liberté prépolitique, qui préexisterait à la société politique¹, une liberté première

*** Ludwig WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, Paris, Librairie Gallimard, 1961, proposition 7.

1. Sur cette société prépolitique, voir Jürgen HABERMAS, « Au-delà du libéralisme et du républicanisme, la démocratie délibérative », *Raison publique*, n° 1, 2003, p. 40.

telle la liberté de conscience, c'est-à-dire dont l'existence ne dépend nullement de sa reconnaissance juridico-politique. Ce serait, pour reprendre les termes de la Cour suprême, «la liberté clé dont dépendent toutes les autres²»; sans liberté d'expression politique, aucune autre liberté ne pourrait être reconnue et protégée législativement ou constitutionnellement : «Il est difficile d'imaginer une liberté garantie qui soit plus importante que la liberté d'expression dans une société démocratique. En effet, il ne peut y avoir de démocratie sans la liberté d'exprimer de nouvelles idées et des opinions sur le fonctionnement des institutions publiques³.»

En ce sens, la Cour suprême a reconnu dans sa jurisprudence que «la plus remarquable» des justifications de la liberté d'expression «soutient que cette liberté contribue à favoriser le libre échange d'idées qui est indispensable à la démocratie et au fonctionnement des institutions démocratiques⁴». Si importante soit-elle, cette justification fondée sur le processus politique⁵, qui trouve ses fondements directement dans la philosophie politique⁶, est toutefois trop étroite en ce qu'elle limite la protection constitutionnelle à l'expression se rapportant à la dimension politique. Les autres aspects de la liberté d'expression, telles les expressions littéraire et artistique, doivent aussi être reconnus et protégés, ce qui explique que d'autres justifications aient été avancées à l'appui de la liberté d'expression.

Parmi ces autres justifications, l'une des plus célèbres, qui renvoie à l'œuvre de John Milton⁷, prétend qu'elle constitue un préalable essentiel à la recherche de la vérité. Il s'agit d'ailleurs, comme il sera précisé plus loin, de l'une des valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression selon la Cour suprême. À cette recherche de la vérité correspond la métaphore du marché des idées. En effet, explicitant cette conception de la liberté d'expression, la juge McLachlin écrivait en 1990 que «[l]a liberté d'expression est perçue comme un moyen de favoriser un "marché des idées" où des idées rivales se disputent la suprématie afin de faire surgir la vérité⁸». Même si cette idée de la recherche de la vérité a subi d'importantes critiques — puisqu'il n'y a aucune garantie que la vérité l'emportera toujours —, la métaphore

2. *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, 802.

3. *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, 1336; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, 752.

4. *R. c. Keegstra*, préc., note 2, 802.

5. Voir A. Wayne MACKEY, «Freedom of Expression: Is it All Just Talk?», (1989) 68 *R. du B. can.* 713.

6. Alexander MEIKLEJOHN, *Free Speech and its Relation to Self-Government*, New York, Harper, 1948.

7. John MILTON, *Areopagitica*, Londres, Millar, 1644.

8. *R. c. Keegstra*, préc., note 2, 803.

du marché des idées, qui provient de la célèbre dissidence du juge Oliver Wendell Holmes Jr., de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique, dans l'arrêt *Abrams*⁹, continue de prévaloir. En effet, la Cour suprême du Canada maintient que la liberté d'expression peut se justifier, en partie du moins, par le fait qu'elle favorise le marché des idées.

À l'encontre de cette justification utilitariste, il est possible d'affirmer que la liberté d'expression est « une fin en soi, une valeur essentielle au type de société que nous souhaitons préserver¹⁰ ». Suivant cet argument déontologique, fondé sur la valeur intrinsèque de la liberté d'expression, ce serait dévaloriser cette dernière que de la restreindre à un moyen susceptible de nous permettre d'atteindre des fins. Selon Emerson, la liberté d'expression « est dérivée de la prémisse généralement acceptée en Occident que la véritable finalité de l'homme est l'épanouissement de son caractère et la réalisation de toutes ses possibilités d'être humain [...]. Car l'expression est partie intégrante du développement des idées, de l'exploration intellectuelle et de l'affirmation de soi¹¹. »

D'autres encore, dont Frederick Schauer¹², estiment que « les arguments fondés sur la valeur intrinsèque se marient à ceux fondés sur les conséquences pratiques¹³ ». Ici, les éthiques conséquentialiste et déontologique s'unissent pour offrir une justification plus large de la liberté d'expression. La Cour suprême a d'ailleurs adopté, d'abord dans les arrêts *Ford*¹⁴ et *Irwin Toy*¹⁵ et à plusieurs reprises par la suite, cette « approche éclectique¹⁶ » en énonçant les trois valeurs qui sous-tendent la garantie de la liberté d'expression et auxquelles la Cour suprême tente de rattacher toute expression afin de déterminer s'il agit d'une activité protégée ou non. Ces valeurs sont précisément la recherche de la vérité, la participation à la vie sociale et politique ainsi que l'épanouissement personnel. C'est d'ailleurs d'un article du professeur Emerson qu'est tiré ce résumé des valeurs justifiant la protection constitutionnelle de la liberté d'expression¹⁷.

9. *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

10. R. c. *Keegstra*, préc., note 2, 804.

11. Thomas I. EMERSON, « Toward a General Theory of the First Amendment », (1963) 72 *Yale L.J.* 877, 879 (traduction tirée de R. c. *Keegstra*, préc., note 2, 804).

12. Frederick SCHAUER, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.

13. R. c. *Keegstra*, préc., note 2, 805.

14. *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712.

15. *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

16. R. c. *Keegstra*, préc., note 2, 806.

17. T.I. EMERSON, préc., note 11. Voir l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*, préc., note 14, par. 56.

Au-delà de ces fondements initialement énoncés de la liberté d'expression, il convient d'apporter un autre éclairage, à la lumière de la jurisprudence élaborée par la Cour suprême au cours des dernières décennies. C'est qu'en effet, sans renoncer nécessairement aux valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression, inspirées de conceptions utilitariste ou déontologique de la justice, ou les deux à la fois, il est une explication plus téléologique, qui se rattache davantage à une éthique aristotélicienne de la vertu¹⁸, qui est de plus en plus affirmée par la Cour suprême. Cette conception peut également être liée, dans sa forme plus contemporaine, au pragmatisme¹⁹. Alors que le discours dominant tend à justifier la liberté d'expression selon les grands idéaux du libéralisme (le marché libre des idées, la neutralité de l'État à l'égard des différentes expressions et l'interdiction seulement lorsqu'un préjudice significatif est causé à autrui), l'application du droit constitutionnel à la liberté d'expression a plutôt conduit les tribunaux à décider selon la valeur morale attribuée à l'expression en cause. Comme nous le verrons dans la section 2.2, selon cette conception axée sur la finalité de l'expression, la question devient celle de déterminer la signification sociale de l'expression en fonction du contexte, d'où cette idée d'une liberté d'expression contextualisée.

Nous visons ainsi, dans le présent article, à réinterroger les fondements généralement reconnus de la liberté d'expression, associés depuis toujours à la conception libérale. Avant d'examiner dans la seconde partie l'argument libéral du préjudice, nous estimons pertinent de faire un retour sur les autres fondements libéraux de la liberté d'expression invoqués dès les premiers arrêts de la Cour suprême portant sur l'article 2 (b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁰, soit le marché libre des idées et le postulat de la neutralité de l'État.

1 Les fondements libéraux de la liberté d'expression

1.1 Le marché (libre) des idées

La justification libérale de la liberté d'expression s'appuie sur la métaphore du marché des idées, développée par le juge Holmes. Évidemment,

18. Michael J. SANDEL, *Justice. What's the Right Thing to Do?*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2010.

19. Sur ce rapprochement entre Aristote et le pragmatisme, voir William N. ESKRIDGE, *Dynamic Statutory Interpretation*, Cambridge, Harvard University Press, 1994, p. 50. Voir aussi l'arrêt 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919, par. 173.

20. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)].

cela ne signifie pas que tous les libéraux croient à l'existence de la vérité et à la probabilité de la découvrir. Prenant sa source dans la thèse du choc des idées développée par Milton et John Stuart Mill²¹, cette métaphore a été reconnue comme suit par la Cour suprême dans la définition du principe de la démocratie :

Nul n'a le monopole de la vérité et notre système repose sur la croyance que, sur le marché des idées, les meilleures solutions aux problèmes publics l'emporteront. Il y aura inévitablement des voix dissidentes. Un système démocratique de gouvernement est tenu de prendre en considération ces voix dissidentes, et de chercher à en tenir compte et à y répondre dans les lois que tous les membres de la collectivité doivent respecter²².

Comme l'a bien montré le professeur Jean-François Gaudreault-DesBiens²³, la métaphore du marché des idées est insuffisante à plusieurs égards. Premièrement, il n'est nullement acquis que le marché des idées, à supposer qu'il puisse exister, mène pour autant à la vérité. Deuxièmement, l'affirmation que du choc des idées naîtra la vérité présuppose que toutes les idées pourront accéder, librement et de manière égalitaire, au marché²⁴. Reprenons chacune de ces insuffisances.

Premièrement, il n'est pas certain que la vérité résultera de l'affrontement des idées. Comme l'a écrit la Cour suprême, la liberté d'expression «garantit le droit de diffuser ses idées; elle ne garantit pas le droit d'être écouté ou cru²⁵». Au surplus, cela soulève la difficulté que pose toute proposition en ce sens, soit celle de savoir de quelle conception de la vérité il est question. La jurisprudence relative à la liberté d'expression prétendrait être capable de déterminer l'épistémè de la vérité là où les débats en épistémologie se poursuivent, depuis toujours et pour toujours, au sujet des conceptions de la vérité : vérité-correspondance, vérité-cohérence, vérité comme prétention à la validité, intersubjectivité, solidarité, falsifiabilité, etc.

Le problème épistémologique de la vérité aurait pu être posé et abordé par la Cour suprême dans l'affaire *Zundel*²⁶, alors que le plus haut tribunal du pays devait examiner la constitutionnalité d'une disposition du *Code*

21. John Stuart MILL, *On Liberty*, 2^e éd., Londres, John W. Parker, 1859.

22. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 68.

23. Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, «Du droit et des talismans: mythologies, métaphores et liberté d'expression», (1998) 39 C. de D. 717.

24. Sur les présupposés épistémologiques problématiques de la métaphore du marché libre des idées, voir notamment Alvin I. GOLDMAN et James C. COX, «Speech, Truth, and the Free Market for Ideas», (1996) 2 *Legal Theory* 1.

25. *R. c. Keegstra*, préc., note 2, 832.

26. *R. c. Zundel*, préc., note 3.

criminel qui interdisait de publier de fausses nouvelles²⁷. En quoi la fausseté doit-elle être criminalisée ? En raison de l'origine historique problématique de cette disposition législative, parce qu'elle est fondée sur le *Statut de Westminster* de 1275 qui protégeait contre la discorde et la diffamation entre le roi et ses sujets, la Cour suprême n'a pu reconnaître un objet valide à l'article 181 du *Code criminel* et débattre conséquemment de la question de la vérité. Bien que cette question plus fondamentale, soit celle de savoir s'il est justifié de criminaliser un discours faux, n'ait pas été abordée, la disposition législative a néanmoins été déclarée inconstitutionnelle. Dans son application, cette disposition soulevait à tout le moins la difficulté de déterminer la vérité d'une idée avant même que celle-ci soit soumise au marché ou au choc des idées.

La théorie constitutionnelle et la philosophie politique peuvent ici servir de cadres pour réfléchir à cette difficulté de déterminer *a priori* la vérité. Dans la réflexion sur la liberté d'expression, le juriste américain Cass Sunstein a proposé de substituer le modèle de la délibération publique à celui du marché des idées, dans le but de montrer que, au-delà de la fondation libérale de la liberté d'expression, cette dernière peut trouver des fondements en faisant appel à différentes traditions philosophiques²⁸. Ce modèle de la démocratie délibérative a été développé largement par Jürgen Habermas²⁹. Or, en réponse à la position de John Rawls qui souhaitait que les citoyens excluent d'entrée de jeu leurs conceptions métaphysiques du bien du débat public sur la justice politique, Jürgen Habermas a soutenu qu'il n'est pas possible de déterminer s'il s'agit ou non d'une telle conception avant que la délibération ait eu lieu³⁰. Il en va ainsi de la vérité, elle ne peut être établie *a priori*, c'est-à-dire avant que chaque prétention soit soumise à la discussion argumentée.

Deuxièmement, la métaphore du marché des idées s'entend souvent au sens de marché *libre* des idées. Inspirée de l'approche économique, l'idée du marché sous-entend d'ailleurs implicitement celle du marché libre. Pour sa part, la Cour suprême a employé l'expression « marché non réglementé des idées³¹ ». Cette idée d'un marché qui serait libre suppose l'existence

27. *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 : « 181. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans quiconque, volontairement, publie une déclaration, une histoire ou une nouvelle qu'il sait fausse et qui cause, ou est de nature à causer, une atteinte ou du tort à quelque intérêt public. »

28. Cass R. SUNSTEIN, *Democracy and the Problem of Free Speech*, New York, Free Press, 1993, p. 247-249.

29. Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997.

30. Jürgen HABERMAS et John RAWLS, *Débat sur la justice politique*, Paris, Cerf, 1997.

31. R. c. *Keegstra*, préc., note 2, 763.

d'une main invisible qui harmoniserait les idées qui s'entrechoquent. Cela présuppose également qu'il existe un accès, ou un libreaccès, au marché, que tous peuvent y accéder sans entrave. Cela pose aussi la question de l'égalité des chances d'y accéder.

Le débat sur la criminalisation de la pornographie peut servir d'exemple. Différentes thèses s'affrontent ici — que nous présenterons plus loin, mais qu'il convient de résumer aux fins du présent argument. D'une part, la thèse féministe prétend que la pornographie cause un préjudice aux femmes (aussi aux enfants dans le cas de la pornographie juvénile) et qu'il y a lieu, en conséquence, d'interdire le discours pornographique. Pour l'instant, qu'il suffise de l'opposer à la thèse libérale qui, d'autre part, exige la preuve de ce préjudice et soutient que le discours pornographique ne doit pas être limité au nom du respect de la liberté. Un argument a été proposé par le constitutionnaliste Frank Michelman³², qui consiste à affirmer que c'est au nom de la liberté d'expression qu'il faut limiter le discours pornographique parce que ce discours réduit les femmes au silence et celles-ci ne bénéficient pas en conséquence de la liberté d'expression. Si nous poursuivons cette logique et cherchons à l'appliquer à la métaphore, ce serait donc en raison du fait que les femmes n'auraient pas accès au marché des idées que le marché doit être fermé au discours pornographique.

En ce sens, la métaphore du marché libre des idées n'évite pas la critique qui a déjà été adressée à la proposition habermassienne d'une éthique de la discussion et, plus politiquement, d'une démocratie délibérative. En effet, même le modèle procédural de Habermas, avec la situation idéale de parole qui y est proposée, n'a pas échappé à la critique de l'inégalité³³. Comme l'a soulevé le professeur Gaudreault-DesBiens, la métaphore du marché des idées, qui est invoquée pour soutenir la liberté d'expression constitutionnellement protégée, procède d'une confusion entre le libéralisme économique et le libéralisme politique :

En fait, la liberté d'expression ressortit normalement au libéralisme politique. Cette forme de libéralisme « fonctionne à partir d'une pluralisation concrète du concept abstrait de liberté », au contraire du libéralisme économique qui, lui, s'abandonne avec nonchalance aux joies du laisser-faire se matérialisant dans le « moins-d'État ». Or, en appliquant à la liberté d'expression une grille d'ana-

32. Frank I. MICHELMAN, « Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: The Case of Pornography Regulation », (1989) 56 *Tenn. L. Rev.* 291.

33. Voir notamment Iris Marion YOUNG, « Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship », dans Cass R. SUNSTEIN (dir.), *Feminism & Political Theory*, Chicago, University of Chicago Press, 1990, p. 117, à la page 130; Jack KNIGHT et James JOHNSON, « What Sort of Political Equality Does Deliberative Democracy Require? », dans James BOHMAN et William REHG (dir.), *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*, Cambridge, MIT Press, 1997, p. 279.

lyse économiste qui repose sur une présupposition d'égalité formelle, on noie la finalité de cette liberté qui n'ignore pas nécessairement les questions d'égalité concrète. C'est pourtant cette conception fondamentalement économiste de la liberté d'expression, ainsi que la théorie libertaire qui en découle, qui s'est infiltrée dans la culture américaine, en droit comme ailleurs³⁴.

Indépendamment des obstacles épistémologiques et théoriques rencontrés par la métaphore du marché libre des idées, la pratique judiciaire a sapé les fondements de ce fondement libéral de la liberté d'expression. En effet, comme l'a bien mis en évidence Jamie Cameron³⁵, le juge en chef Dickson a lui-même considérablement érodé la rationalité de la métaphore du marché des idées, aussitôt après l'avoir évoquée dans l'arrêt *Keegstra*, en affirmant qu'« il ne faut pas accorder une importance exagérée à l'opinion selon laquelle la raison prévaudra toujours contre le mensonge sur le marché non réglementé des idées³⁶ ». Dans son raisonnement, la Cour suprême a ainsi pris ses distances par rapport à une certaine conception libérale de la métaphore du marché des idées, qui affirme la possibilité de découvrir la vérité sur cette base.

1.2 La neutralité de l'État

La métaphore du marché libre des idées repose elle-même sur le postulat que l'État libéral doit demeurer neutre à l'égard des conceptions du bien³⁷. En ce sens, tout choix entre ces conceptions doit être rejeté, ce qui exclut *a priori* la possibilité de limiter la liberté d'expression puisque toutes les opinions doivent être mises en avant sur ce marché libre des idées. Cela signifie également qu'il n'est pas pertinent de s'interroger sur le contenu de l'expression, un mauvais discours étant tout autant une activité protégée qu'un bon discours.

Dans l'arrêt *Butler*, la Cour suprême a rejeté la possibilité qu'une loi soit fondée sur une conception particulière de la moralité, tout en acceptant qu'une conception fondamentale de la moralité puisse servir de fondement³⁸. Une conception particulière de la moralité ne constitue pas un fondement approprié dans une démocratie libérale et, par définition, neutre : « Imposer une certaine norme de moralité publique et sexuelle, seulement

34. J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, préc., note 23, 742.

35. Jamie CAMERON, « Abstract Principle v. Contextual Conceptions of Harm: A Comment on *R. v. Butler* », (1992) 37 *R.D. McGill* 1135, 1155.

36. *R. c. Keegstra*, préc., note 2, 763.

37. C.R. SUNSTEIN, préc., note 28, p. 177-180.

38. Sur la difficulté de distinguer une conception particulière d'une conception fondamentale de la moralité, voir Luc B. TREMBLAY, « Le Canada de la *Charte* : une démocratie libérale neutre ou perfectionniste ? », (1995) 40 *R.D. McGill* 487.

parce qu'elle reflète les conventions d'une société donnée, va à l'encontre de l'exercice et de la jouissance des libertés individuelles qui forment la base de notre contrat social³⁹. » Approuvant la thèse de David Dyzenhaus, selon laquelle, « [la] désapprobation morale est reconnue comme une réponse appropriée lorsqu'elle repose sur les valeurs de la *Charte*⁴⁰ », la Cour suprême a reconnu qu'une conception fondamentale de la moralité est une justification pertinente. Il serait ainsi légitime pour le Parlement de restreindre un droit fondamental en se fondant « sur une certaine conception fondamentale de la moralité aux fins de protéger les valeurs qui font partie intégrante d'une société libre et démocratique⁴¹ ».

Selon Luc. B. Tremblay, ce principe n'est pas acceptable selon une conception libérale, même s'il paraît *a priori* faire appel aux valeurs (libérales) de la Charte. Le professeur Tremblay invoque différentes justifications à l'appui de sa position. D'une part, « [i]l ne serait donc pas nécessaire pour l'État de démontrer que la conduite prohibée cause ou risquerait de causer un préjudice sérieux à d'autres individus ou à la société dans son ensemble. Il suffirait qu'elle soit immorale du point de vue des valeurs propres à une société libre et démocratique⁴². » D'autre part, « [c]ette proposition est inacceptable dans le cadre d'une société libre et démocratique » en ce qu'« [e]lle consacre le principe juridique selon lequel l'État peut radicalement *perfectionner* tous les citoyens agissant d'une façon qu'il désapprouve en se fondant sur une interprétation, susceptible d'être profondément controversée, de la conception fondamentale de la moralité⁴³ ». En ce sens, le fondement de la liberté d'expression et de sa limitation repose sur une conception du bien dans un modèle de perfectionnisme juridique.

Par exemple, dans le débat sur la limitation de la pornographie, l'argument féministe consistant à condamner la représentation des femmes véhiculée par la pornographie s'appuie sur un objectif louable, mais « lointain et ultime », alors que les objectifs plus immédiats sont perfectionnistes⁴⁴: « Ils cherchent à transformer les aspects de la culture ainsi que les représentations de la femme et de la sexualité jugées moralement mauvaises ou inacceptables que ces aspects favorisent, reproduisent et "institutionnalisent". »

39. *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, 492.

40. David DYZENHAUS, « Obscenity and the Charter: Autonomy and Equality », (1991) 1 C.R. (4th) 367, 376 (traduction tirée de *R.c. Butler*, préc., note 39).

41. *R. c. Butler*, préc., note 39, 493.

42. L.B. TREMBLAY, préc., note 38, 510.

43. *Id.*, 511.

44. *Id.*, 513.

Les objectifs ont donc tout à voir avec la façon de penser et de vivre correctement⁴⁵. »

De plus, en faisant porter le jugement relatif à la justification de la limitation non pas uniquement sur le mode ou le lieu de l'expression⁴⁶, mais aussi sur son contenu, le discours judiciaire a ainsi reconnu que l'interdiction de certains discours dépend d'une conception du bien. Ce faisant, l'interdiction de certaines expressions n'est pas totalement indépendante du jugement de valeur qui est porté quant à la signification de ce qui est dit ou exprimé. C'est précisément cette possibilité d'imposer certaines valeurs qui heurte les postulats du libéralisme, mais elle paraît difficilement évitable selon ce qu'il est possible d'observer dans la jurisprudence. D'après l'enseignement et la pratique de la Cour suprême, dans tout jugement relatif à la liberté d'expression, le tribunal doit évaluer si l'expression en cause se situe au cœur des valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression.

Pour illustrer l'hypothèse selon laquelle la distinction entre les différentes positions prises dans les débats sur la liberté d'expression peut mieux se comprendre en fonction du jugement de valeur portée sur l'expression en cause, il convient d'examiner des exemples jurisprudentiels. Il s'agira en effet de montrer, en premier lieu, que la distinction entre majorité et minorité s'établit, entre autres, à la lumière de cette différence dans les valeurs reconnues à l'expression en cause et, en second lieu, qu'au surplus le contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois varie en intensité selon l'expression en cause.

En premier lieu, les libéraux prétendent que l'État et, par conséquent, le juge doivent demeurer neutres à l'égard des différentes opinions ou expressions exprimées par les individus. Cela signifie notamment qu'il convient de faire abstraction du contenu de l'expression, à moins que cela ne cause, comme nous le verrons plus loin, un préjudice réel à autrui. À l'encontre de l'affirmation d'un principe abstrait en matière de liberté d'expression, la pratique judiciaire favorise la prise en considération du contexte qui, bien qu'elle soit insuffisante dans le mentalisme du juge, demeure néanmoins nécessaire puisque, comme l'a fait observer la juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal*, ce ne sont pas toutes les expressions qui méritent la même protection⁴⁷. Plus exactement, la Cour suprême

45. *Id.*

46. L'importance de ces facteurs a été affirmée, notamment quant à la violence et au lieu privé, dans les arrêts *R. c. Keegstra*, préc., note 2, et *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 141.

47. *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, préc., note 3.

a reconnu que le degré de protection constitutionnelle varie selon la nature de l'expression en cause⁴⁸.

Dans l'arrêt *RJR Macdonald*, les juges majoritaires et minoritaires n'ont pas accordé la même importance à l'expression en cause. Dans son opinion dissidente, le juge La Forest considère que la publicité des produits du tabac est une forme d'expression qui a seulement pour objet la réalisation de profits, qui n'est ni politique ni artistique et est donc très loin du « cœur » des valeurs de la liberté d'expression⁴⁹ :

À mon avis, le préjudice engendré par le tabac, et la volonté de faire des profits qui en sous-tend la promotion, placent cette forme d'expression aussi loin du « cœur » des valeurs de la liberté d'expression que la prostitution, la fomentation de la haine ou la pornographie, ce qui fait qu'elle n'a droit qu'à une faible protection en vertu de l'article premier. Il faut se rappeler que la publicité du tabac ne sert aucune fin politique, scientifique ou artistique et qu'elle ne favorise pas la participation au processus politique. Son seul but est plutôt de renseigner les consommateurs sur un produit qui est nocif, voire souvent fatal, pour ceux qui en font usage, et d'en faire la promotion⁵⁰.

À l'inverse, la juge en chef McLachlin écrit ceci au nom de la majorité :

Troisièmement, en affirmant que le discours commercial en cause n'a droit « qu'à une faible protection en vertu de l'article premier » (par. 75) et qu'« il convient en l'espèce de faire preuve de souplesse dans la justification au regard de l'article premier » (par. 77), le juge La Forest accorde beaucoup d'importance au fait que les appelantes sont motivées par le profit. Il en est de même de nombreux entrepreneurs ou sociétés qui contestent une loi pour le motif qu'elle contrevient à la liberté d'expression. Bien qu'elle ait affirmé que des restrictions au discours commercial puissent être plus faciles à justifier que d'autres violations, notre Cour n'a pas reconnu de lien entre la motivation d'une demanderesse et le degré de protection accordée. Les libraires, les propriétaires de journaux, les vendeurs de jouets ont tous en commun le désir des actionnaires de tirer profit de l'activité commerciale de la compagnie, que l'expression que l'on veut protéger soit ou non étroitement liée aux valeurs fondamentales de la liberté d'expression. À mon avis, la volonté de faire un profit ne constitue pas une considération pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer si le gouvernement a établi que la loi est raisonnable ou justifiée en tant qu'atteinte à la liberté d'expression⁵¹.

De la même façon, dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, les opinions majoritaire et minoritaire se sont divisées concernant la valeur de l'expression. En l'espèce, il s'agit de la publication de sondages dans les derniers

48. *Id.*, 1355 et 1356. Voir aussi : *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, 246 et 247 ; *Keegstra*, préc., note 2, 760 ; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 71-73 et 132 ; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569, par. 60.

49. *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, préc., note 48, par. 97.

50. *Id.*, par. 75.

51. *Id.*, par. 171.

jours d'une campagne électorale, qui était interdite par la *Loi électorale du Canada*. Selon l'opinion majoritaire rédigée par le juge Bastarache, les sondages sont « un élément important du discours politique⁵² » :

Dans le présent cas, le discours visé par l'atteinte est l'information politique. Même si les sondages ne sont pas assimilables aux opinions politiques, ils sont néanmoins un élément important du discours politique, comme en témoignent, d'une part, l'attention qu'ils reçoivent dans les médias et au sein du public en général, et, d'autre part, le fait que les partis politiques eux-mêmes achètent et utilisent ce type d'information. De fait, le gouvernement prétend que les sondages ont une influence excessive sur les choix électoraux des citoyens. Contrairement à la propagande haineuse ou à la pornographie, cette forme d'expression n'est pas intrinsèquement préjudiciable ou avilissante pour certains membres de la société à cause soit de son effet direct sur eux soit de son effet sur autrui. Quoique dénuée de contenu moral, elle est pourtant largement perçue comme un élément précieux et important du discours électoral dans notre pays. Toutefois, le gouvernement affirme que, dans certaines circonstances, il est possible que les sondages aient pour effet de diminuer la capacité de certains individus de faire un choix éclairé.

[...] il ne fait aucun doute que les sondages concernant les candidats ou les enjeux électoraux font partie du processus politique et sont, de ce fait, au cœur de la liberté d'expression garantie par la *Charte*⁵³.

La Cour suprême a ainsi jugé que « la nature de la forme d'expression en litige dans le présent cas ne tend pas à indiquer, à première vue, qu'une approche empreinte de retenue est appropriée en l'espèce⁵⁴ ». L'opinion dissidente du juge Gonthier est fondée sur une appréciation entièrement différente de la valeur des sondages. Dès les premiers paragraphes de son jugement, il écrit en effet ce qui suit :

On affirme que les sondages tendent à réduire le discours politique au plus petit dénominateur commun : des principes sont sacrifiés en échange de quelques points de pourcentage (C.C.J. FEASBY, « Public Opinion Poll Restrictions, Elections, and the Charter » (1997), 55 (2) *U.T. Fac. L. Rev.* 241, 244). Les sondages tendent à remplacer le débat des enjeux et à court-circuiter le processus démocratique [...].

Dans la mesure où la couverture des campagnes électorales par les médias accorde plus d'attention aux résultats des sondages, elle s'attache moins aux mérites des candidats et à leurs positions respectives et elle a tendance à détourner l'attention des électeurs des questions de fond touchant le bon gouvernement du pays. Le recours aux sondages a pris des proportions à ce point endémiques que certains commentateurs qualifient les campagnes électorales de véritables « courses de chevaux »⁵⁵.

52. *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 91.

53. *Id.*, par. 91 et 92.

54. *Id.*, par. 95.

55. *Id.*, par. 2 et 3.

Le juge Gonthier reconnaissant une telle valeur aux sondages, il n'est pas étonnant qu'il en arrive à la conclusion, minoritaire faut-il le rappeler, que le législateur a énoncé là une limite raisonnable de la liberté d'expression.

En second lieu, en examinant certains arrêts de la Cour suprême, la doctrine a constaté que le raisonnement juridique demeure plutôt neutre et abstrait à l'étape de la détermination de la protection de la liberté et de l'atteinte à celle-ci, mais qu'il se contextualise davantage à l'étape subséquente et déterminante de la limitation de la liberté d'expression⁵⁶. Cette approche a toutefois connu une évolution importante en ce que l'étape première, soit celle de la détermination de l'atteinte au droit, s'évalue aussi en fonction des valeurs sous-jacentes à la protection de la liberté d'expression. En effet, lorsque l'effet d'une mesure est de limiter l'expression, la violation de la liberté d'expression sera établie, «à la condition que le demandeur démontre que l'expression en cause favorise l'une des valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression⁵⁷» : «L'ultime question, cependant, sera toujours de savoir si la liberté d'expression [...] minerait les valeurs que cette garantie est censée promouvoir⁵⁸.» Une fois encore, ces valeurs sont l'enrichissement et l'épanouissement personnels, la participation au débat démocratique et social ainsi que la recherche de la vérité.

À l'inverse, dans d'autres arrêts, la Cour suprême n'a pas exigé que la preuve de l'atteinte établisse le lien par rapport aux valeurs sous-jacentes. Elle a même exclu cette exigence, en affirmant par exemple ceci : «La *Charte* ne s'attache pas au contenu et protège autant l'expression de vérités que celle de faussetés. La réglementation des faussetés doit donc être justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*⁵⁹.» Nous voyons mal en effet comment il serait possible d'établir qu'un discours qui exprime des faussetés, qui est néanmoins protégé par l'article 2 (b), puisse favoriser la recherche de la vérité. De plus, la Cour suprême a conclu ce qui suit : «Le fait que, de l'avis de certains, ce message ait été sans grande valeur ou même offensant, ne le prive pas de la protection de l'al. 2b). Une activité expressive n'est pas exclue du champ d'application de cette garantie en raison du message particulier transmis. Sous réserve des objections fondées

56. J. CAMERON, préc., note 35.

57. *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, préc., note 46, par. 83.

58. *Id.*, par. 77.

59. *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, [2007] 2 R.C.S. 610, par. 60. À l'appui d'une telle approche, la Cour suprême cite les arrêts *R. c. Zundel*, préc., note 3, et *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439.

sur le mode ou le lieu, dont il sera question plus loin, toute activité expressive est présumée protégée par l'al. 2b)⁶⁰. »

Peu importe si la prise en considération de ces valeurs est pertinente dès la première étape du raisonnement, en vertu de l'article 2 (b), la jurisprudence a néanmoins reconnu que l'étape subséquente, en vertu de l'article premier, permettait une plus grande contextualisation pour soupeser ces valeurs par rapport aux valeurs souvent concurrentes qui sont en cause : « il est préférable de soupeser les divers facteurs et valeurs contextuels dans le cadre de l'article premier⁶¹ ». De plus, les trois valeurs fondamentales peuvent aussi être elles-mêmes en opposition en certaines circonstances.

Par ailleurs, c'est largement dans l'évolution de sa jurisprudence concernant la liberté d'expression que la Cour suprême a déterminé que l'intensité avec laquelle le test de l'article premier est appliqué devait varier en fonction, notamment, de la nature du droit en cause. Elle a ainsi reconnu que les limitations des formes d'expression qui s'éloignent du cœur de la liberté d'expression sont plus faciles à justifier et doivent, par conséquent, faire l'objet d'un contrôle judiciaire moins sévère. Sur cette base, la propagande haineuse, la communication à des fins de prostitution et le discours pornographique, notamment, ont été considérés comme des discours s'éloignant du cœur des valeurs de la liberté d'expression et pouvant, en conséquence, faire l'objet d'interdiction, voire de criminalisation.

Dans l'arrêt *Keegstra*, le juge en chef Dickson a désigné les valeurs fondamentales se trouvant au « cœur » de la liberté d'expression comme étant la découverte de la vérité dans les affaires politiques et dans les entreprises scientifiques et artistiques, la protection de l'autonomie et de l'enrichissement personnels de même que la promotion de la participation du public au processus démocratique⁶². Dans l'hypothèse où une mesure législative menace ces valeurs, le tribunal est justifié de faire un examen rigoureux de la mesure qui porte atteinte à la liberté d'expression. À l'inverse, lorsque la forme d'expression menacée s'écarte davantage de l'« esprit même » de la garantie, la Cour suprême a clairement établi que la restriction à cette expression est moins difficile à justifier. Le juge en chef Dickson l'a ainsi fait remarquer dans l'arrêt *Keegstra* :

À mon avis, toutefois, l'analyse en vertu de l'article premier d'une restriction imposée à l'al. 2b) doit tenir compte de la nature de l'activité expressive que l'État cherche à restreindre. Si nous devons veiller à ne pas juger l'expression en fonction de sa popularité, il est tout aussi néfaste pour les valeurs inhérentes à la

60. *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, préc., note 46, par. 58.

61. *R. c. Keegstra*, préc., note 2, 734.

62. *Id.*, 762 et 763.

liberté d'expression, et pour les autres valeurs sous-jacentes à une société libre et démocratique, de considérer que toutes les sortes d'expressions revêtent la même importance au regard des principes qui sont au cœur de l'al. 2b)⁶³.

Sur cette base, la Cour suprême a statué, dans l'arrêt *Keegstra*, qu'une interdiction de fomentation de la haine fondée sur l'article 319 (2) du *Code criminel* constituait une restriction justifiable de la liberté d'expression, du fait que la propagande haineuse constituait une forme d'expression qui se rattachait difficilement au « cœur » des valeurs de la liberté d'expression :

Comme je l'ai déjà dit, je suis d'avis que la propagande haineuse apporte peu aux aspirations des Canadiens ou du Canada, que ce soit dans la recherche de la vérité, dans la promotion de l'épanouissement personnel ou dans la protection et le développement d'une démocratie dynamique qui accepte et encourage la participation de tous. Si je ne puis conclure que la propagande haineuse ne mérite qu'une protection minimale dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier, je peux néanmoins reconnaître le fait que les restrictions imposées à la propagande haineuse visent une catégorie particulière d'expression qui s'écarte beaucoup de l'esprit même de l'al. 2b). Je conclus donc qu'« il se pourrait que des restrictions imposées à des expressions de ce genre soient plus faciles à justifier que d'autres atteintes à l'al. 2b) »⁶⁴.

Dans l'arrêt *Butler*, la Cour suprême a décidé qu'une interdiction touchant des publications dont une caractéristique dominante était « l'exploitation indue des choses sexuelles » en dérogation à l'article 163 (8) du *Code criminel*, constituait une atteinte justifiable à la liberté d'expression. Pour en arriver à cette conclusion, la Cour suprême a jugé important que « le genre d'expression que l'on cherche à promouvoir [ne soit] pas du même calibre que les autres genres d'expression qui touchent directement à l'« essence » des valeurs relatives à la liberté d'expression⁶⁵ ». L'expression visée par l'article 163 (8) était la pornographie, laquelle veut promouvoir le sexe contre un profit, ce qui s'écarte des valeurs au « cœur » de la liberté d'expression analysées par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Keegstra*.

Dans l'arrêt *JTI-Macdonald*, où était en cause notamment une disposition législative interdisant la publicité trompeuse, la Cour suprême a unanimement reconnu que « la forme d'expression en jeu — le droit d'inviter les consommateurs à faire une inférence erronée sur la salubrité d'un produit qui, selon la preuve, leur causera presque assurément du tort — a peu de valeur », et ce, juste avant de conclure que, « [t]out bien considéré, l'effet de l'interdiction est proportionnel⁶⁶ ».

63. *Id.*, 760.

64. *Id.*, 766.

65. *R. c. Butler*, préc., note 39, 500.

66. *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, préc., note 59, par. 68.

En déterminant que l'expression a peu de valeur, ou qu'elle en a une grande et mérite en conséquence d'être constitutionnellement protégée, le juge effectue un jugement de valeur quant au contenu de l'expression. Son intervention ne peut ainsi prétendre à la neutralité, contrairement à ce qui est souvent affirmé en vertu du libéralisme qui sert, paradoxalement, à justifier la liberté d'expression. Établir la valeur de l'expression relève d'une conception du bien, qui demeure toutefois implicite dans le discours judiciaire.

2 La limitation de la liberté d'expression

2.1 Le préjudice à autrui

Après avoir montré, dans la première partie de notre texte, les insuffisances de la métaphore du marché des idées et du principe de la neutralité pour fonder la liberté d'expression, nous voulons maintenant illustrer que le recours à la théorie du préjudice pour justifier la limitation de la liberté d'expression est également remis en question. Plus précisément, notre argument consiste à soutenir que la Cour suprême, tout en prétendant se fonder sur la théorie libérale du préjudice, s'est distanciée d'une telle justification.

Dans l'arrêt *Butler* sur la constitutionnalité de la criminalisation de la pornographie, la Cour suprême a déterminé qu'une loi ne peut imposer une moralité. S'appuyant sur John Stuart Mill, le plus haut tribunal du pays a établi les limites de l'ingérence légitime de l'État dans la vie privée : « La seule raison légitime que puisse avoir une communauté pour user de la force contre un de ses membres est de l'empêcher de nuire aux autres⁶⁷. » Le discours doctrinal canadien⁶⁸ a fait état de ce passage à la théorie du préjudice comme fondement du droit criminel⁶⁹.

À l'occasion d'une affaire portant sur la criminalisation de la consommation de marijuana⁷⁰, alors qu'elle devait répondre à la question « Qu'est-ce qu'un crime ? », la Cour suprême a néanmoins reconnu que « la justification de l'intervention de l'État ne peut se réduire à un seul

67. John Stuart MILL, *De la liberté*, Paris, Gallimard, 1990, p. 74.

68. Voir Tristan DESJARDINS, *Les infractions d'ordre moral en droit criminel canadien : de la norme de tolérance à la nouvelle théorie du préjudice*, Markham, LexisNexis, 2007.

69. Voir notamment : Joel FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. 1 « Harm to Others », Oxford, Oxford University Press, 1984, p. 12, et vol. 4 « Harmless Wrongdoing », Oxford, Oxford University Press, 1988, p. 323 ; Andrew P. SIMESTER et Andreas VON HIRSCH, *Crimes, Harms, and Wrongs. On the Principles of Criminalisation*, Portland, Hart Publishing, 2011.

70. *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571.

facteur — le préjudice — et que la question est beaucoup plus complexe⁷¹ ». La Cour suprême s'appuie alors sur l'un des plus éminents philosophes du droit contemporains, le professeur Herbert L.A. Hart, qui a écrit ceci :

La formulation du point de vue libéral par Mill pourrait bien être trop simple. Les raisons d'empiéter sur la liberté des gens sont beaucoup plus variées que ce que suggère le critère du « préjudice à autrui » : la notion de préjudice à autrui ne s'applique pas facilement, comme l'a constaté Mill lui-même, à la cruauté envers les animaux ou à l'organisation de la prostitution à des fins lucratives. À l'inverse, même lorsqu'un préjudice est causé à autrui au sens le plus littéral de ce terme, d'autres principes peuvent fort bien restreindre la mesure dans laquelle une activité préjudiciable doit être réprimée par la loi. En conséquence, de multiples critères, et non un seul, permettent de déterminer s'il est permis de restreindre la liberté des gens⁷².

La position de Hart montre bien que la théorie libérale ne considère pas que la prévention du préjudice réel à autrui constitue la seule justification légitime de limiter la liberté. D'ailleurs, dans sa jurisprudence, la Cour suprême n'a pas entièrement abandonné l'approche antérieure, fondée sur la moralité : « Le préjudice, en définitive, se réfère alors à une notion de moralité sociale. Il y a aussi préjudice dans la mesure où survient une atteinte à ce qui est acceptable en société au regard de la morale publique⁷³. »

Suivant la thèse issue de la pensée de Mill, il ne convient pas d'interdire des propos à moins qu'ils ne causent un préjudice réel à autrui. En ce sens, si le lien entre la pornographie, ou plus exactement la consommation de la pornographie, et le fait de commettre des agressions sexuelles était démontré, les tenants de cette thèse libérale seraient certes favorables à la limitation de la pornographie. Ainsi, s'il était établi que le discours haineux cause un tort significatif à autrui, il serait justifié dès lors de l'interdire : « Le libéral sera donc opposé à toute limitation du droit de tenir des propos haineux, sauf lorsque ceux-ci risquent de provoquer un dommage physique, c'est-à-dire un dommage indépendant du propos lui-même⁷⁴. »

Or, la jurisprudence de la Cour suprême a sérieusement miné cette justification libérale de la limitation de la liberté d'expression en acceptant des limites à cette liberté sans qu'aucune preuve concluante de préjudice soit démontrée. En effet, dans l'arrêt *Keegstra* portant sur la constitutionnalité de la criminalisation de la propagande haineuse, la Cour suprême a

71. *Id.*, par. 109.

72. Herbert L.A. HART, « Immorality and Treason », *The Listener*, 30 juillet 1959, p. 162, publié à nouveau dans Richard A. WASSERSTROM (dir.), *Morality and the Law*, Belmont, Wadsworth Publishing, 1971, p. 49, à la page 51 (traduction tirée de l'arrêt R. c. *Malmö-Levine*, préc., note 70, par. 109).

73. R. c. *Labaye*, [2005] 3 R.C.S. 728, par. 109.

74. Michael J. SANDEL, *Le libéralisme et les limites de la justice*, Paris, Seuil, 1999, p. 19.

accepté que le discours haineux puisse être criminalisé même en l'absence d'un lien causal entre la propagande haineuse et la fomentation de la haine. C'est ainsi que le juge en chef Dickson a reconnu qu'il n'est pas nécessaire de prouver l'existence d'une haine effective puisqu'« il est manifestement difficile d'établir l'existence d'un lien causal entre une déclaration donnée et la haine pour un groupe identifiable⁷⁵ ». Dans l'arrêt *Butler* portant sur la criminalisation de la pornographie, la Cour suprême a adopté, « [c]ompte tenu de la *preuve non concluante* en matière de sciences humaines⁷⁶ », la méthode préconisée dans l'arrêt *Irwin Toy*⁷⁷, et affirmé « *qu'il est suffisant que le Parlement ait un motif raisonnable de conclure qu'il s'ensuivra un préjudice, ce qui n'exige pas la preuve d'un préjudice réel*⁷⁸ » : « Bien qu'il puisse être difficile, voire impossible, d'établir l'existence d'un lien direct entre l'obscénité et le préjudice causé à la société, *il est raisonnable de supposer qu'il existe un lien causal entre le fait d'être exposé à des images et les changements d'attitude et de croyance*⁷⁹. »

Ainsi, bien que la preuve, fondée sur les sciences sociales, du lien entre la pornographie et la violence et d'autres torts faits aux femmes par les hommes ait été déclarée comme étant « non concluante », la Cour suprême a néanmoins conclu à l'existence d'un lien rationnel entre la disposition législative attaquée et les mesures adoptées par le législateur : « Je suis d'accord avec [...] [l']avis que *le Parlement avait le droit d'avoir [TRADUCTION] "une appréhension raisonnée du préjudice"* résultant de la désensibilisation des personnes exposées à du matériel représentant des relations sexuelles dans un contexte de violence, de cruauté et de déshumanisation⁸⁰. »

Tout en se référant à la notion de préjudice invoquée par la théorie libérale afin de fonder la justification de la limitation de la liberté d'expression, la Cour suprême du Canada a, dans sa jurisprudence, invalidé cette conception en n'exigeant pas la preuve d'un préjudice réel pour établir qu'il

75. *R. c. Keegstra*, préc., note 2, 776. La Cour suprême a par ailleurs considéré un autre préjudice possible, distinct de la preuve de l'existence d'une haine effective, soit le grave traumatisme psychologique subi par les membres des groupes identifiables visés.

76. *R. c. Butler*, préc., note 39, 502 (l'italique est de nous).

77. *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, préc., note 15, 994 (l'italique est de nous) : En l'espèce, la Cour est appelée à évaluer des preuves contradictoires, qui relèvent des sciences humaines, quant aux moyens appropriés de faire face au problème de la publicité destinée aux enfants. La question est de savoir *si le gouvernement était raisonnablement fondé*, compte tenu de la preuve offerte, à conclure qu'interdire toute publicité destinée aux enfants portait le moins possible atteinte à la liberté d'expression étant donné l'objectif urgent et réel que visait le gouvernement.

78. *R. c. Butler*, préc., note 39, 505 (l'italique est de nous).

79. *Id.*, 502 (l'italique est de nous).

80. *Id.*, 504 (l'italique est de nous).

s'agit là d'une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le contexte d'une société libre et démocratique.

2.2 La signification sociale de l'expression

La réflexion sur la liberté d'expression s'inscrit dans le contexte pluraliste qui caractérise la société démocratique contemporaine. Ce fait « d'une pluralité de doctrines raisonnables, mais incompatibles⁸¹ » rend plus complexe l'appréciation de la limitation raisonnable et justifiable de la liberté d'expression. À l'encontre de cette idée selon laquelle les désaccords entre les différentes positions juridiques trouveraient leur origine dans le pluralisme moral qui les sous-tend⁸², il est possible de soutenir, suivant en cela l'hypothèse développée par Hervé Pourtois, que la plupart des conflits moraux ont pour origine, non pas le fait du pluralisme des doctrines ou des valeurs, mais plutôt des désaccords sur la signification socialement reconnue à des pratiques :

À cette interprétation, disons rawlsienne, de l'origine de nos désaccords moraux, je voudrais opposer l'hypothèse que la majeure partie des conflits moraux auxquels nous sommes confrontés ont pour origine des désaccords sur la signification socialement reconnue à des pratiques, sur les normes sociales de reconnaissance de ces pratiques, et non pas l'hétérogénéité des doctrines et des valeurs morales auxquelles seraient censés adhérer les individus et les groupes⁸³.

Selon cette thèse, « la majeure partie des conflits moraux auxquels nous sommes confrontés dans le champ politique n'ont pas pour origine des divergences de principes ou de doctrines entre groupes⁸⁴ ». Les sources de désaccord ne se situeraient pas dans les principes invoqués : « Si l'on se penche sur les controverses qui surgissent de nos jours dans le débat public, on doit reconnaître que les sources majeures de différends se situent à d'autres niveaux : tantôt sur le plan des considérations empiriques et tantôt

81. John RAWLS, *Libéralisme politique*, Paris, Presses universitaires de France, 1995, p. 4 (1^{re} éd. : John RAWLS, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993).

82. Selon Rawls, « le pluralisme moral désignerait la coexistence dans un même espace politique de doctrines morales différentes incorporant des valeurs fondamentales distinctes, les articulant de manières spécifiques et fondant des conceptions différentes de la vie bonne » : Hervé POURTOIS, « Délibération, participation et sens du désaccord », *Éthique publique*, vol. 7, n° 1, 2005, p. 145, à la page 147. Voir aussi : Edward CRAIG (dir.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Londres, Routledge, 1998, s.v. « Moral Pluralism », p. 529 ; Daniel WEINSTOCK, « Démocratie et délibération », *Archives de philosophie*, vol. 63, 2000, p. 405.

83. Hervé POURTOIS, « Du désaccord moral à la délibération publique. L'apport de la théorie de la reconnaissance », 2004, p. 6, [En ligne], [www.creum.umontreal.ca/IMG/pdf/pourtois.pdf] (2 juin 2012). Ce texte constitue une version préliminaire de l'article cité à la note 82 et il est reproduit ici avec l'autorisation de l'auteur.

84. H. POURTOIS, préc., note 82, à la page 149.

sur le plan de la reconnaissance des significations sociales des pratiques⁸⁵. » Le philosophe Pourtois donne précisément l'exemple de la controverse concernant la pornographie qui illustre, à son avis, un conflit qui porte moins sur les principes moraux que sur la signification sociale que certains peuvent donner à la pornographie et sur les normes sociales de reconnaissance de cette pratique.

A priori, le conflit quant à la limitation du discours pornographique semble porter, et porte même largement, sur des désaccords autour des principes fondamentaux de la liberté et de l'égalité. Alors que la théorie féministe en fait une question d'égalité, la théorie libérale de Ronald Dworkin accorde plutôt la primauté à la liberté d'expression dans le débat sur la pornographie⁸⁶. Bien que Dworkin prône l'égalitarisme libéral et accorde en conséquence une place prioritaire à l'égalité dans sa conception du libéralisme, il s'oppose néanmoins aux justifications égalitaristes avancées par MacKinnon pour justifier une limitation de l'expression. La position dworkinienne en faveur de la liberté négative découle de la doctrine anti-perfectionniste prônée par le libéralisme : l'État ne doit pas défendre une conception du bien, ou de la vie bonne, au détriment d'une conception du juste permettant à chacun de poursuivre ses fins, sa conception personnelle du bien. L'État ne doit qu'assurer les conditions neutres de réalisation des projets de vie individuels⁸⁷.

Développant une position en apparence paradoxale dans la mesure où il défend à la fois la liberté d'expression et sa limitation, le constitutionnaliste américain Frank Michelman prétend que le discours pornographique doit être restreint au nom, justement, de la... liberté d'expression ! Il soutient en effet que la pornographie a pour effet de réduire les femmes au silence et doit, en conséquence, être limitée⁸⁸.

85. *Id.*

86. Ronald DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, chap. 8, 9 et 10.

87. Pour une critique de la position de Dworkin, voir : David DYZENHAUS, « Pornography and Public Reason », (1994) 7 *Can. J.L. & Jur.* 261. Pour sa part, Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, *Le sexe et le droit. Sur le féminisme juridique de Catharine MacKinnon*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 95, critique ainsi dans son essai la position de Dworkin dans ce débat sur la pornographie :

Le plus frappant est de voir Dworkin, d'ordinaire critique du positivisme, reprendre mot pour mot le credo de l'interprétation dominante du premier amendement, en plus de défendre une application absolutiste de la liberté négative qui s'accorde mal avec ses vues habituelles. Fait étrange pour ce juriste qui se veut rigoureux, il va même jusqu'à dénaturer les arguments de ses adversaires pour étayer son opinion.

88. F.I. MICHELMAN, *préc.*, note 32.

Comme permet de le constater une lecture attentive de ces auteurs, les positions de Mackinnon, de Dworkin et de Michelman s'appuient toutes sur les principes de la liberté et de l'égalité, en accordant la priorité à l'un ou à l'autre, ou parfois au même principe mais en ne lui reconnaissant pas le même sens ou la même portée, sans qu'il soit établi de consensus entre ces positions. Il devient ainsi difficile d'expliquer, sur la seule base de ces principes et des droits et libertés qu'ils sous-tendent, la distinction entre les différentes thèses. C'est pourquoi nous proposons d'y substituer une autre explication, plus pragmatiste, fondée sur l'hypothèse de Pourtois.

Ainsi comprise, la question relève davantage de la théorie de la reconnaissance dans la mesure où la production d'une norme exige une reconnaissance mutuelle des significations et des valeurs socialement attribuées à une pratique⁸⁹. Au cœur de ce paradigme juridique de la reconnaissance⁹⁰, la théorie critique de la société d'Axel Honneth s'intéresse au départ à l'expérience de l'injustice, c'est-à-dire de « l'expérience d'atteintes aux idées intuitivement données de la justice⁹¹ ». L'interrogation concerne dès lors la finalité à reconnaître : par exemple, qu'est-ce que la pornographie ? Dans son ouvrage *Justice. What's the Right Thing to Do ?*⁹², Michael J. Sandel définit une telle éthique du bien commun, d'origine aristotélicienne⁹³, orientée vers la finalité, le *telos*, ou la vertu, l'*arêtè*⁹⁴, en la distinguant des éthiques de l'utilité et du libre choix :

Over the course of this journey, we've explored three approaches to justice. One says justice means maximizing utility or welfare – the greatest happiness for the greatest number. The second says justice means respecting freedom of choice – either the actual choices people make in a free market (the libertarian view) or the hypothetical choices people *would* make in an original position of equality (the liberal egalitarian view). The third says justice involves cultivating virtue and

89. Monique CANTO-SPERBER (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, 4^e éd., t. 2, Paris, Presses universitaires de France, 1996, s.v. « Reconnaissance ».

90. Maxime ST-HILAIRE, « Autour d'un paradigme juridique de la reconnaissance. Présentation du dossier », (2011) 78 *Dr. et Soc.* 260; Pierre GUIBENTIF, « Reconnaissance et complexité sociale. Deux approches de la réalité juridique », (2011) 78 *Dr. et Soc.* 293.

91. Axel HONNETH, « La dynamique sociale du mépris. D'où parle une théorie critique de la société ? », dans Christian BOUCHINDHOMME et Rainer ROCHLITZ (dir.), *Habermas, la raison, la critique*, Paris, Cerf, 1996, p. 215, à la page 227.

92. M.J. SANDEL, préc., note 18.

93. ARISTOTE, *Éthique de Nicomaque*, Paris, Flammarion, 1965.

94. *Id.*, p. 52 :

Il faut dire que toute vertu, selon la qualité dont elle est la perfection, est ce qui produit cette perfection et fournit le mieux le résultat attendu. Par exemple la vertu de l'œil exerce l'œil et lui fait remplir sa fonction d'une façon satisfaisante ; c'est par la vertu de l'œil que nous voyons distinctement. De même la vertu du cheval fait de lui un bon cheval apte à la course, à recevoir le cavalier et capable de supporter le choc de l'ennemi.

reasoning about the common good. As you've probably guessed by now, I favor a version of the third approach⁹⁵.

Sandel rejette l'idée selon laquelle les droits devraient se fonder sur les valeurs ou les préférences dominantes dans une société donnée à un moment donné⁹⁶. De plus, il ne saurait être question, après Kant, de penser qu'il existe une essence naturellement donnée, le sens étant toujours le résultat d'une construction. Selon Sandel, les intérêts et le bien-être général de l'utilitarisme et la liberté de choix du libéralisme ou, plus encore, du libertarisme se révèlent également insuffisants pour fonder une éthique collective, puisque la logique des intérêts et celle de la liberté de choix ne permettent pas de fonder une culture partagée de la vie bonne. Si l'approche libérale a l'avantage, par rapport à la philosophie utilitariste, de penser les droits individuels, elle demeure néanmoins insuffisamment réflexive :

The freedom-based theories solve the first problem but not the second. They take rights seriously and insist that justice is more than mere calculation. Although they disagree among themselves about *which* rights should outweigh utilitarian considerations, they agree that certain rights are fundamental and must be respected.

But beyond singling out certain rights as worthy of respect, they accept people's preferences as they are. They don't require us to question or challenge the preferences and desires we bring to public life. According to these theories, the moral worth of the ends we pursue, the meaning and signification of the lives we lead, and the quality and character of the common life we share all lie beyond the domain of justice.

This seems to me mistaken. A just society can't be achieved simply by maximizing utility or by securing freedom of choice. To achieve a just society we have to reason together about the meaning of the good life, and to create public culture hospitable to the disagreements that will inevitably arise⁹⁷.

Suivant cette approche, la pornographie devient l'objet d'un débat sur la signification sociale de la pornographie, ce qui est déjà présent dans le travail de MacKinnon lorsqu'elle prétend que la pornographie est préjudice et subordination en ce qu'elle est porteuse d'une image avilissante, dégradante, humiliante et déshumanisante de la femme. C'est ainsi que Mackinnon interprète la pornographie comme centrale dans l'institutionnalisation de la domination et de la suprématie masculines. Cette compréhension de la pornographie a d'ailleurs été en partie accréditée par la Cour suprême qui a considéré que «le matériel dégradant ou déshumanisant place des femmes (et parfois des hommes) en état de subordination, de

95. M.J. SANDEL, préc., note 18, p. 260.

96. M.J. SANDEL, préc., note 74, p. 270.

97. M.J. SANDEL, préc., note 18, p. 260 et 261.

soumission avilissante ou d'humiliation⁹⁸». Tout en prétendant que la pornographie est, en elle-même, subordination et préjudice⁹⁹, MacKinnon conteste la théorie libérale qui repose sur «l'idée que la liberté d'expression, y compris de la pornographie, aide à découvrir la vérité¹⁰⁰».

Le débat doit ainsi être élargi aux différentes significations sociales et aux normes sociales de reconnaissance de ces significations et pratiques¹⁰¹. Comme l'écrit Pourtois, «[c]es significations font donc partie de ce que Habermas appelle un monde vécu¹⁰²». Cette approche fait appel à la construction collective d'une signification normative partagée, inscrivant les droits consacrés par les chartes—dont le droit à la liberté d'expression—dans le contexte de l'hypothèse des normes à exigence de réflexivité¹⁰³. L'application de telles normes fait appel aux destinataires dans la construction du sens. En cela, la théorie de la norme interpelle ce que les travaux sur le droit et la théorie de la gouvernance tentent d'éclairer : comment un groupe social peut-il produire une telle signification normative partagée¹⁰⁴? Jacques Lenoble et Marc Maesschalck ont bien montré que «le choix d'une norme pertinente nécessite un retour réflexif sur son

98. R. c. Butler, préc., note 39, 479.

99. J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, préc., note 87, p. 92 : «Elle ne dit plus que la pornographie cause tel ou tel préjudice, elle se contente de poser que la pornographie est préjudiciable.» En se fondant sur la notion de performativité de la théorie du langage, MacKinnon attribue une portée performative aux images : «elles ne disent pas seulement, elles font». Pour une explication du concept de performativité, voir J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, préc., note 87, p. 63 et suiv.

100. Catharine A. MACKINNON, *Le féminisme irréductible. Discours sur la vie et la loi*, Paris, Des femmes – Antoinette Fouque, 2005, p. 159.

101. À titre d'exemple, sur les significations de la pornographie, voir notamment : Ruwen OGIEN, *Penser la pornographie*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2008 ; Michela MARZANO, *La pornographie ou l'épuisement du désir. Essai*, Paris, Chastel, 2003 ; Christian SAINT-GERMAIN, *L'œil sans paupière. Écrire l'émotion pornographique*, Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 2003.

102. H. POURTOIS, préc., note 82, à la page 150. Voir Jürgen HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel*, Paris, Fayard, 1987.

103. Louise LALONDE et Stéphane BERNATCHEZ, «L'hypothèse des lois à exigence de réflexivité : un instrument de gouvernance réflexive et un grand défi pour la théorie du droit», dans Louise LALONDE et Stéphane BERNATCHEZ (dir.), *La place du droit dans la nouvelle gouvernance étatique*, Sherbrooke, Éditions Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2011, p. 159.

104. Jacques LENOBLE, «Au-delà du juge : des approches herméneutique et pragmatiste à une approche génétique du concept de droit», (2007) 1 *European Journal of Legal Studies* 1, 3 : «Élucider le phénomène juridique revient à comprendre cette pratique par laquelle un groupe social produit une signification normative partagée.»

contexte d'application¹⁰⁵», car «[l]a norme ne peut s'inscrire dans le réel et y prendre "sens" qu'en s'appuyant, en mobilisant, en "faisant retour" (réflexivité) sur les perceptions de formes de vie vécues et effectivement acceptés par les destinataires de la règle¹⁰⁶».

La théorie de la gouvernance réfléchit à l'organisation de dispositifs permettant la capacité réflexive des acteurs «à identifier les divers possibles effectifs en fonction desquels l'opération de sélection de la norme pertinente sera à opérer» et «à reconstruire réflexivement les problèmes et les perceptions dont la prise en compte rendra possible l'instauration d'une nouvelle forme de vie»¹⁰⁷. En d'autres termes, le contexte doit lui-même être construit réflexivement : «La prise en compte de cette réflexivité nécessite un dispositif spécifique qui organise une coopération rendant possible une reconstruction réflexive par les destinataires des normes de leur perception contextuelle et les contraignant à une construction réflexive en commun des nouvelles formes de vie à instituer¹⁰⁸.»

Conclusion

L'approche dominante en matière de liberté d'expression a consisté à en rechercher les fondements sur la base de principes libéraux inconditionnels et *a priori*. Les postulats sur lesquels repose l'approche initialement retenue par la Cour suprême sont les suivants : 1) la liberté d'expression se fonde sur le marché libre des idées et la recherche de la vérité ; 2) l'État et le juge doivent demeurer neutres à l'égard des différentes conceptions du bien exprimées ; et 3) la liberté d'expression peut être limitée si l'expression cause un préjudice réel à autrui. Au-delà des difficultés conceptuelles que posent ces notions, la pratique judiciaire a détruit les assises de cette conception libérale de la liberté d'expression, assises qu'elle avait pourtant affirmées au départ. En effet, la Cour suprême a reconnu, premièrement, que la raison ne prévaudra pas toujours dans le marché libre des idées. Deuxièmement, elle a fait la démonstration que le jugement n'est pas neutre en ce qu'il se prononce, de manière déterminante pour l'issue de la décision, sur la valeur morale de l'expression en cause. Troisièmement, la Cour a accepté que la preuve du préjudice réel n'a pas à être concluante pour justifier la limitation de la liberté d'expression.

105. Jacques LENOBLE et Marc MAESSCHALCK, *L'action des normes. Éléments pour une théorie de la gouvernance*, Sherbrooke, Éditions Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2009, p. 111.

106. *Id.*, p. 119.

107. *Id.*, p. 120.

108. *Id.*, p. 353.

C'est pourquoi, à l'encontre de cette compréhension libérale de la liberté d'expression, il est possible de considérer que le droit à cette liberté s'évalue en fonction de la signification sociale reconnue à l'expression en cause, ce qui exige de prêter attention à l'opération par laquelle un groupe social produit une signification normative partagée. En distinguant le niveau de protection constitutionnelle en fonction du type de discours, et en accordant une protection moindre aux discours qui s'éloignent du cœur des valeurs de la liberté d'expression, la Cour suprême a privilégié une conception du droit qui s'intéresse davantage à la signification sociale qui est reconnue à telle ou telle expression. Ce faisant, elle a délaissé l'approche de balance des intérêts qui caractérise le raisonnement en vertu de l'article premier de la Charte, au profit d'une approche par catégories, davantage associée parfois à la jurisprudence américaine¹⁰⁹ :

Categorical theories may be defined as those theories attempting to delimit first amendment protection by reliance on broad and abstract classifications of protected or unprotected speech. Absolute theories ascribe «full» protection to a speech activity, regardless of the opposing state interest in proscription or regulation, once it is determined that the activity constitutes speech within the meaning of the first amendment [...].

Balancing approaches to the first amendment may be subdivided into ad hoc balancing and definitional balancing. An ad hoc approach weighs, in each particular case, the interests served by the speech against the asserted state interest in prohibition or regulation. Definitional balancing weighs the values served by a particular class of speech against the state interest asserted in the particular case¹¹⁰.

Contrairement à ce qu'affirment les postulats libéraux sur lesquels le discours judiciaire prétend fonder la liberté d'expression, la reconnaissance de ce droit exige la démonstration qu'il « respecte ou favorise la réalisation d'un important bien humain¹¹¹ ». En reliant la justice aux conceptions du bien, une telle éthique « affirme que les arguments en faveur des droits ne peuvent se fonder que sur la valeur morale des finalités que ces droits servent à promouvoir¹¹² » : pour établir « une excellente constitution [on] doit d'abord nécessairement définir quel est le mode de vie le plus digne d'être choisi. Car si ce point reste obscur, restera aussi obscur celui de savoir ce qu'est la constitution excellente¹¹³. »

109. Kent GREENAWALT, « Free Speech in the United States and Canada », (1992) 55 *Law & Contemp. Probs.* 5.

110. Pierre J. SCHLAG, « An Attack on Categorical Approaches to Freedom of Speech », (1983) 30 *U.C.L.A. L. Rev.* 671, 672 et 673.

111. M.J. SANDEL, préc., note 74, p. 14.

112. *Id.*

113. ARISTOTE, *Les Politiques*, Paris, Flammarion, 1990, p. 449.

Pour rendre possible de soutenir une telle conception téléologique, il importe à tout le moins de réfléchir aux dispositifs de délibération nécessaires à la construction réflexive de la signification de l'expression et du choix de la forme de vie à instituer. Il semble que ce soit là la signification du droit à la liberté de l'expression au crépuscule de l'idéal libéral.