



Document commandé:
Liberté d'expression

Préparé par: Richard Moon

Avis au lecteur

Conformément aux règles 5 à 10 des *Règles de pratique et de procédure de la phase relative aux politiques* de la Commission, le commissaire peut, à sa discrétion, faire appel à des experts externes pour produire des documents de discussion, de recherche ou d'orientation (« documents commandés »)

Les points de vue exprimés dans un document commandé sont ceux des auteurs et ne reflètent pas nécessairement ceux du commissaire. Les énoncés de faits contenus dans un document commandé ne représentent pas nécessairement le point de vue du commissaire. Les conclusions de fait du commissaire sont fondées sur la preuve présentée lors des audiences de la Commission.

Les parties et les membres du public peuvent fournir des commentaires écrits à la Commission en réponse à ce document. Des informations sur le processus de dépôt d'observations, y compris les dates limite, sont énoncées dans l'*Avis concernant la phase politique de la Commission* (disponible sur le site Web de la Commission).

Liberté d'expression

Document d'information à l'intention de la Commission sur l'état d'urgence

Richard Moon
Faculté de droit, Université de Windsor
Septembre 2022

Résumé

Le présent document fait état de l'approche adoptée par les tribunaux canadiens à l'égard de la justification, de la portée et des limites de la liberté d'expression. Il porte également sur un certain nombre de questions relatives à la liberté d'expression soulevées par les manifestations du convoi de la liberté, telles que le droit d'accéder à des propriétés appartenant au gouvernement pour communiquer avec d'autres personnes, la réglementation de la propagande haineuse, la restriction des insultes et du harcèlement dans les lieux publics, le droit de manifester, le droit d'ériger des structures fixes dans le cadre d'une manifestation, la protection des auditoires captifs contre les messages indésirables et la diffusion de la désinformation et des théories de complot.

La justification de la liberté d'expression

Divers arguments sont invoqués pour justifier la protection de la liberté d'expression, mais ils semblent tous tourner autour de l'une ou l'autre de ces trois valeurs : la liberté, la démocratie et l'autonomie individuelle. Il faut protéger la liberté d'expression parce qu'elle contribue à la reconnaissance publique de la vérité ou à l'accumulation des connaissances publiques; parce qu'elle est nécessaire au bon fonctionnement d'un gouvernement démocratique; parce qu'elle est un élément important pour l'épanouissement personnel ou l'autonomie individuelle¹. La plupart des arguments qui justifient la protection de la liberté d'expression, y compris l'expression politique, artistique, scientifique ou personnelle, reposent sur la contribution que la liberté

¹ En ce qui a trait à la protection de la liberté d'expression en vertu de l'alinéa 2b) de la Charte, la Cour suprême du Canada a déclaré que la liberté est « une caractéristique essentielle de la démocratie parlementaire canadienne » (*Dolphin Delivery* [1986], à la p 584); qu'elle constitue « l'un des concepts fondamentaux sur lesquels repose le développement historique des institutions politiques, sociales et éducatives de la société occidentale » (*Dolphin Delivery* [1986], à la p 583); qu'elle est « le moyen par lequel on exprime son identité personnelle et son individualité » (*Ford* [1988], à la p 749); qu'elle est un moyen important de « [rechercher] la vérité » (*Irwin Toy* [1989], à la p 976); qu'elle est « la matrice, l'élément essentiel de presque toute forme de liberté » (*Sharpe* [2001], à la p 23, citant la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Palko* [1937])

d'expression apporte à ces trois valeurs. C'est l'opinion adoptée par le juge McLachlin dans la décision *Keegstra* [1990], à la p 806 : « [...] la portée large du texte de l'alinéa 2b) de la Charte est peut-être incompatible avec une justification fondée sur une seule facette de la liberté d'expression. Cela laisse supposer qu'il n'est pas besoin d'adopter une justification définitive de la liberté d'expression. Différentes justifications de la liberté d'expression peuvent prendre divers degrés d'importance dans différentes situations. »

La liberté d'expression ne protège pas simplement la liberté individuelle contre l'ingérence de l'État. Elle protège plutôt le droit de chacun de communiquer avec les autres, c'est-à-dire de parler aux autres et d'entendre ce que les autres ont à dire. Il s'agit du droit d'une personne de participer à une activité de nature profondément sociale, au moyen de la langue qui est une création sociale, et en utilisant des ressources communautaires, telles que les rues et Internet. La liberté d'expression est précieuse parce que la liberté et l'identité individuelle émergent dans le discours, dans la création collective d'idées. La réflexion et le jugement dépendent de la langue qui est une création sociale et qui donne une forme aux idées et aux sentiments. Nous devenons des personnes capables de réfléchir et de juger lorsque nous conversons avec les autres et participons à la vie de la société. Les différentes justifications de la liberté d'expression (qui reposent sur sa valeur pour la démocratie, la vérité et l'épanouissement personnel) soulignent les nombreux rôles que joue l'expression dans la vie d'une personne et de la société – que les différentes relations et formes de communication contribuent à la constitution de la liberté et de l'identité individuelle.

Il est crucial de reconnaître que la liberté et l'identité individuelle émergent dans une interaction de communication pour comprendre non seulement la valeur de l'expression, mais aussi les torts qu'elle peut causer. Notre dépendance à l'égard de l'expression signifie que les mots peuvent parfois faire mal. L'expression peut provoquer la peur, elle peut harceler, elle peut compromettre l'estime de soi. L'expression peut également être trompeuse ou manipulatrice.

La prémisse de la liberté d'expression

Pour protéger la liberté d'expression, les personnes doivent être libres de s'exprimer et d'écouter les autres, sans ingérence de l'État. Selon certains, il faut répondre à un discours de propagande ou de diffamation, non pas par la censure, mais par davantage de discours. Il est important de ne pas tenir la personne qui s'exprime responsable des gestes posés par le destinataire du message (qui exerce un jugement indépendant) en réponse à son discours, y compris des actes de violence, qu'il ait commis ses gestes parce qu'il est d'accord avec le message ou qu'il s'y oppose. En d'autres termes, puisque nous respectons l'autonomie individuelle de la personne qui écoute ou de celle qui s'exprime, nous ne considérons pas habituellement une communication comme étant la *cause* de gestes préjudiciables. Une personne qui exprime un point de vue ne cause pas un préjudice simplement parce qu'elle gagne les destinataires à ce point de

vue et que les destinataires y donnent suite et posent des gestes préjudiciables.

La croyance que l'humain est doué de raison et qu'il est en mesure de soupeser les affirmations factuelles et autres et la présomption que le discours public permet d'exprimer un grand nombre de points de vue divergents qui peuvent être évalués par l'auditoire sous-tendent l'engagement envers la liberté d'expression (et le refus de considérer l'expression comme étant une cause). L'affirmation selon laquelle il faut répondre à un discours de propagande, non pas par la censure, mais par davantage de discours, dépend de ces deux hypothèses – le caractère raisonnable du jugement de l'humain et l'existence de points de vue divergents. Une troisième présomption moins évidente qui sous-tend la protection de la liberté d'expression est que l'État a le pouvoir efficace de prévenir ou de punir les gestes préjudiciables posés par un auditoire. Les personnes peuvent parfois manquer de jugement. La société peut être prête à assumer le risque présenté par de telles erreurs de jugement si l'État est en mesure de prévenir les gestes préjudiciables posés par les membres de l'auditoire ou au moins de tenir les membres de l'auditoire responsables de leurs gestes.

Les tribunaux, cependant, reconnaissent que les présomptions sur la liberté ou le jugement de l'auditoire, qui sous-tendent la protection de la liberté d'expression, ne s'avèrent pas toujours exactes et ne sont jamais absolues. Les interdictions relatives aux déclarations fausses ou trompeuses existent parce que les annonceurs ont une puissance écrasante dans le « marché des idées » et de l'information (et les autres ont peu de possibilités pour corriger les publicités trompeuses ou ne sont pas motivés à le faire) et parce qu'une grande partie des publicités suscite des réactions irrationnelles ou viscérales. De même, les propos diffamatoires sont interdits parce qu'il est reconnu que les fausses affirmations faites à propos d'une personne ne sont pas facilement corrigées par « davantage de discours ». Le préjudice causé par des propos diffamatoires peut persister parce que le destinataire n'est pas toujours en mesure d'évaluer les déclarations fausses et préjudiciables et parce que, l'être humain étant ce qu'il est, la correction peut ne pas se propager aussi efficacement que le discours de diffamation original.

La doctrine de la liberté d'expression a toujours permis de restreindre l'expression lorsqu'elle se produit sous une forme ou dans un contexte qui limite la capacité de l'auditoire d'exercer un jugement indépendant ou qui entrave la capacité de l'auditoire d'évaluer les affirmations formulées. Lorsque le discours vise à *manipuler* l'auditoire ou à *inciter* à poser des gestes préjudiciables, la personne qui s'exprime peut être jugée responsable des actes de violence qui se produisent ou être considérée comme avoir participé à cette violence ou avoir posé ces gestes préjudiciables. Par exemple, dans son ouvrage *De la liberté* [1859], J.S. Mill estimait que les autorités seraient justifiées de punir une personne qui prononce un discours inflammatoire près de la maison d'un marchand de blé devant une foule d'agriculteurs en colère à cause du prix des céréales. Un discours enflammé prononcé devant un tel groupe incite la passion et nourrit les préjugés et pourrait entraîner l'auditoire à poser des gestes impulsifs et préjudiciables. Le discours est décrit comme une incitation lorsque le temps du recul et de la réflexion entre le discours et le geste (incité à poser) est si limité que la personne

qui a prononcé le discours peut être vue comme menant le public à l'action plutôt que simplement essayer de le persuader d'agir.

Dans la jurisprudence américaine portant sur la liberté d'expression, l'exemple classique des conditions du discours ordinaire est tiré d'un jugement rendu par le juge Holmes, dans lequel il déclare ce qui suit : [TRADUCTION] « La protection la plus stricte de la liberté d'expression ne donnerait pas le droit à un homme de crier, sans raison, au feu dans une salle de théâtre bondée et de provoquer une panique » (*Schenk* [1919]). Dans un tel cas, l'auditoire de la salle de théâtre ne pourrait prendre le temps de réfléchir avant de réagir après avoir entendu le message. La panique causée après le cri au feu dans ces circonstances donnerait presque certainement lieu à des blessures.

Les exemples donnés par J.S. Mill et le juge Holmes démontrent des circonstances qui limitent la capacité de l'auditoire à évaluer, de façon posée ou objective, le message communiqué. La présomption est que, habituellement, lorsqu'une personne communique avec d'autres personnes, elle sollicite leur jugement raisonné et indépendant. Dans des circonstances exceptionnelles, cependant, les propos d'une personne peuvent susciter la passion et la crainte et encourager des gestes irréfléchis. Dans ces circonstances, l'État pourrait être justifié de restreindre l'expression ou de punir la personne qui s'est exprimée. Un discours peut être considéré comme étant une *cause* des gestes de l'auditoire lorsque le temps du recul et de la réflexion pour exercer un jugement indépendant est réduit ou lorsque les émotions sont si fortes que l'auditoire ne peut pas s'arrêter et réfléchir aux affirmations présentées ou n'est pas susceptible de le faire. Bien que faire la distinction entre un argument rationnel ou conscient, d'une part, et la manipulation ou l'incitation, d'autre part, n'ait rien de simple, il est au moins possible de cerner certaines des circonstances dans lesquelles le jugement raisonné ou indépendant est considérablement limité.

La portée de la liberté d'expression

L'intention de transmettre une signification

L'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit « la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication » – bien que cette disposition soit souvent appelée simplement la liberté d'expression. L'article premier de la Charte prévoit que les droits garantis peuvent être restreints par une « règle de droit », dans des limites qui soient « raisonnables » et dont la « justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Lorsqu'ils tranchent des questions à l'égard des droits protégés par la Charte, les tribunaux appliquent un critère à deux étapes. La première étape vise à établir si une loi de l'État enfreint un droit garanti par la Charte. Pour trancher cette question, le tribunal doit définir la portée de l'activité ou de l'intérêt garanti par la Constitution, puis déterminer si l'État y a porté atteinte. À cette étape, le fardeau de la preuve repose sur la partie qui allègue la violation du droit. La deuxième étape du

processus de décision vise à établir si l'atteinte au droit est justifiée. Lorsqu'ils tranchent des questions à l'égard de la restriction d'un droit protégé par la Charte, les tribunaux affirment qu'ils visent à déterminer un équilibre entre des intérêts ou des valeurs concurrents. À cette étape, le fardeau de la preuve repose sur la partie qui cherche à maintenir la restriction, généralement l'État.

Dans l'arrêt *Irwin Toy* [1989], la Cour suprême du Canada a dit que si « [une] activité transmet ou tente de transmettre une signification, elle a un contenu expressif et relève à première vue du champ de la garantie [prévue par l'alinéa 2b)] » (*Irwin Toy* [1989], à la p 968).² Selon la Cour, l'expression peut prendre « une variété infinie de formes d'expression », y compris l'écrit et le discours, les arts et les gestes (*Irwin Toy* [1989], à la p 607). Le tribunal a utilisé l'exemple du stationnement illégal ou non autorisé d'une voiture pour illustrer l'étendue potentielle de la catégorie d'expression. Dans la plupart des cas, les personnes garent illégalement leur voiture parce qu'elles ne trouvent aucune place de stationnement libre ou pratique ou parce qu'elles ne veulent pas payer des frais de stationnement. Mais, comme l'a dit la Cour, si une personne gare sa voiture illégalement pour contester la façon dont les places de stationnement sont attribuées ou une autre politique ou pratique, alors l'acte de garer illégalement une voiture relèvera du champ de l'alinéa 2b) parce qu'il tente de transmettre une signification³.

Un acte d'expression ou de communication se caractérise par l'intention de la personne qui commet l'acte de formuler et de transmettre à un auditoire une idée ou un sentiment. La personne qui communique souhaite que son auditoire reconnaisse le sens de son acte, c'est-à-dire que l'acte vise à lui transmettre une signification et qu'il doit être perçu ainsi. L'objectif de l'acte de communication sera atteint si l'auditoire reconnaît l'intention de la personne qui s'exprime et est capable de saisir la signification de l'acte. La signification d'un acte, tel qu'un stationnement illégal, n'est pas toujours évidente pour les autres personnes et ne pourrait donc pas être communiquée avec succès à l'auditoire visé. Néanmoins, un acte sera considéré comme une forme d'expression si la personne qui le commet tente de transmettre une signification et, plus particulièrement, si elle veut que son auditoire reconnaisse son acte comme étant significatif. Même si l'expression est un acte intentionnel de la personne qui s'exprime, la signification de cet acte sera définie par la langue de l'expression et par les présomptions et les attitudes du destinataire.

L'expression peut être conflictuelle, irrespectueuse, même insultante et peut quand même transmettre une signification et rejoindre un auditoire. Cependant, parce que

² Le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson ont rédigé le jugement majoritaire dans l'affaire *Irwin Toy* [1989], et le juge McIntyre a rédigé un jugement dissident dans lequel il ne s'est pas dit en désaccord avec l'approche de la majorité à l'égard de l'alinéa 2 b)

³ Toutefois, l'exemple du stationnement illégal d'une voiture est plus compliqué que ne le reconnaît la Cour, puisque la loi sur le stationnement n'est pas simplement une restriction de l'expression individuelle, mais elle fait partie intégrante de son acte de communication. Dans l'exemple, la personne a enfreint la loi pour s'exprimer et fait maintenant valoir que la loi porte atteinte à son expression et, probablement, qu'elle ne devrait pas être appliquée contre elle. Elle veut se soustraire de l'application de la loi qui a donné à son acte une signification.

l'expression produit un effet à de nombreux niveaux, à la fois sur le plan cognitif et émotionnel, la distinction entre les actes qui visent à transmettre une signification et les actes qui ciblent un auditoire à un niveau non cognitif ou viscéral n'est pas toujours simple. Les tribunaux canadiens ont adopté une définition souple de la portée de la liberté et ont reconnu qu'il est souvent difficile d'établir la distinction entre l'expression (un acte qui vise à transmettre une signification) et d'autres formes de gestes posés par l'humain. Souvent, ils ont rapidement conclu que l'acte restreint par l'État est en effet une expression et se sont plutôt concentrés sur la question de la limite raisonnable en vertu de l'article premier de la Charte, car il est plus simple de répondre aux questions à l'égard du caractère communicatif de l'acte ou de l'intention de l'expression dans l'exercice de pondération des intérêts.

La Cour suprême du Canada a statué que la catégorie des actes expressifs (actes destinés à transmettre une signification) protégée en vertu de l'alinéa 2b) comprend la publicité commerciale (*Irwin Toy* [1989]), le piquetage syndical (*Dolphin Delivery* [1986]), le discours haineux (*Keegstra* [1990]), la sollicitation à des fins de prostitution (*Renvoi relatif à l'art. 193 du code criminel*) et l'obscénité/la pornographie (*Butler* [1995]). Cette liberté protège également les dons et les dépenses à l'appui de l'expression (*Harper* [2004]) et l'accès à des biens appartenant au gouvernement aux fins de l'expression (*Montréal (Ville)* [2005]). Même si les dépenses d'argent ne sont pas habituellement un acte d'expression (ne sont pas destinées à transmettre une signification à un auditoire), elles sont souvent nécessaires à une expression efficace.

La Cour a déclaré que la liberté d'expression est protégée « sans égard aux sens ou message particulier que l'on cherche à transmettre » (*Keegstra* [1990], à la p 729), parce que « dans une société libre, pluraliste et démocratique, nous attachons une grande valeur à la diversité des idées et des opinions qui est intrinsèquement salutaire tant pour la collectivité que pour l'individu » (*Irwin Toy* [1989], à la p 968). La Cour a également déclaré qu'elle n'exclurait pas un acte d'expression de la portée de la garantie de la liberté d'expression simplement parce que l'acte est considéré comme étant sans valeur (*Keegstra* [1990], à la p 760). Les valeurs sous-jacentes de la vérité, de la démocratie et de l'épanouissement personnel sont mentionnées de façon explicite plus loin dans l'analyse de la Cour, seulement après qu'elle ait défini la catégorie d'expression, et plus clairement à l'étape de l'analyse des restrictions fondées sur l'article premier.

L'exclusion de l'expression se manifestant sous une forme violente

Il y a deux exceptions à la définition générale donnée par la Cour suprême du Canada à la portée de la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b). Premièrement, la Cour a dit qu'un acte d'expression se verra refuser la protection prévue à l'alinéa 2b) si le lieu ou le mode d'expression va à l'encontre des valeurs qui sous-tendent la liberté – le débat démocratique, la recherche de la vérité et l'épanouissement personnel (*Montréal (Ville)* [2005]). Dans l'arrêt *Irwin Toy* [1989], la Cour a reconnu que sa définition générale de l'expression, à la première étape de l'analyse du critère, permettrait d'inclure les formes

d'expression violente, y compris les actes de terrorisme, dans le champ des activités protégées, et a donc décidé de créer une exception afin d'exclure ces actes. Selon la Cour, une forme d'expression violente, même si elle est tentée de transmettre une signification, ne relève pas de la portée de l'alinéa 2b), parce qu'elle n'avance pas les valeurs qui sous-tendent la liberté garantie (*Irwin Toy* [1989], à la p 970). Une expression qui *prône* la violence relève du champ protégé par l'alinéa 2b), mais elle peut être limitée en vertu de l'article premier. Toutefois, si l'acte expressif est sous une *forme* d'expression violente, donc est lui-même violent, alors il ne sera pas protégé par l'alinéa 2b) et l'État n'aura pas à justifier son atteinte en vertu de l'article premier. Au départ, la Cour a conclu que les menaces de violence ne relevaient pas de cette exception et sont protégées en vertu de l'alinéa 2b). En décidant de ne pas inclure les menaces dans l'exception, la Cour a reconnu qu'il est impossible d'établir la distinction entre une expression désagréable, mais protégée par la Constitution, et une expression abusive ou menaçante qui n'est pas protégée, sans tenir compte du contexte social, politique, économique et historique dans lequel se produit l'expression – qui est le type d'analyse que la Cour fait habituellement à l'étape de l'analyse fondée sur l'article premier. Toutefois, par la suite, dans l'arrêt *Khawaja* [2012], la Cour a révisé sa position et a conclu que, parce que les menaces de violence sapent « les conditions et les valeurs sociales mêmes qui sont essentielles à la pérennité de la liberté d'expression » , elles ne bénéficient pas de la garantie prévue par l'alinéa 2b) (*Khawaja* [2012], à la p 70). Dans cette décision, la Cour a conclu que l'« activité terroriste » qui est interdite par le *Code criminel* n'était pas protégée par l'alinéa 2b) de la Charte parce que cette activité comporte des « actes de violence ou des menaces de violence » (*Khawaja* [2012], à la p 71).

La Cour a également déclaré que la protection prévue à l'alinéa 2b) ne s'étend pas à l'expression qui a lieu sur une propriété appartenant à l'État qui n'est généralement pas ouvert au public pour l'expression (n'est pas un forum public). Cette exclusion est une adaptation canadienne de la doctrine du forum public des tribunaux américains et sera discutée plus loin dans le présent document.

La distinction entre l'objet et l'effet

La Cour a également circonscrit la portée de l'alinéa 2b) en établissant une distinction entre deux types de restrictions à l'activité expressive imposées par l'État : les actes de l'État qui ont pour objet de restreindre l'expression et ceux qui, bien que n'ayant pas pour objet de restreindre l'expression, ont néanmoins cet effet. Dans l'arrêt *Irwin Toy* [1989], à la p 974, la Cour a établi une distinction entre, d'une part, l'action gouvernementale visant à restreindre « le contenu de l'expression » soit « en écartant des messages précis qui ne doivent pas être transmis », soit en restreignant une forme ou un mode d'expression en particulier qui est lié au contenu et, d'autre part, l'action gouvernementale visant « à contrôler les conséquences matérielles de certaines activités humaines, indépendamment du message transmis ».

L'importance de la distinction entre l'objet et l'effet – qui correspond à peu de chose

près à la distinction faite dans la jurisprudence américaine entre les restrictions de contenu et les restrictions quant au moment, à l'endroit et à la manière – tient au fait qu'un acte gouvernemental qui vise à limiter l'expression, plus particulièrement l'expression de certains messages, sera considéré comme portant automatiquement atteinte à l'alinéa 2b), tandis qu'un acte gouvernemental qui a simplement pour effet de limiter l'expression ne sera considéré comme portant atteinte à l'alinéa 2b) que si la personne qui conteste l'acte de l'État peut démontrer que l'expression restreinte favorise le respect des valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression. Plus précisément, la personne qui conteste l'acte de l'État doit démontrer que l'expression restreinte contribue à la recherche de la vérité, à la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique et à la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels (*Irwin Toy* [1989], à la p 976). Pourtant, on ne voit pas pourquoi un acte qui a déjà été jugé expressif par les tribunaux – c.-à-d. qui tente de transmettre une signification – ne favoriserait pas, du moins de façon minimale, l'accomplissement personnel. Dans l'arrêt *Montréal (Ville)* [2005], affaire concernant un club de danseuses érotiques qui contestait un règlement sur le bruit interdisant l'amplification du son dans la rue, la Cour suprême du Canada a conclu que la forme d'expression utilisée par le club favorisait des valeurs comme l'épanouissement personnel parce qu'elle incitait les passants à participer à une activité de loisir. Si ce discours favorise le respect des valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression, il est difficile d'imaginer quelles formes ou quels modes d'expression ne répondraient pas à cette exigence.

Étant donné que la Cour a défini l'*expression* au sens large comme incluant tous les actes qui tentent de transmettre une signification, tout acte est potentiellement un acte d'expression. Cela signifie également que toute mesure législative est potentiellement une restriction à l'expression, plus précisément à la manière dont une personne en particulier a choisi de s'exprimer. On peut comprendre que les tribunaux soient réticents à exiger qu'une mesure législative soit assujettie à une justification substantielle, comme une restriction de stationnement, qui ne serait normalement pas considérée comme une entrave à la liberté d'expression. Dans pareils cas, la personne qui s'exprime aura presque toujours d'autres moyens de communiquer son message qui ne sont pas moins efficaces. Il est possible, toutefois, dans certains cas exceptionnels, que le mode ou le lieu d'expression soit essentiel à l'efficacité du message (pour des raisons symboliques) ou qu'aucun autre mode ou lieu ne permette de communiquer efficacement le message.

La seule façon de donner un sens à la règle de l'*effet* est de la considérer comme établissant (bien qu'indirectement) une norme de justification plus faible ou variable que la norme ordinaire de l'article premier en ce qui a trait aux restrictions quant au moment, à l'endroit ou à la manière. Ces restrictions sont traitées différemment, non pas parce que l'expression restreinte est, ou pourrait être, moins valable (moins directement liée aux valeurs qui sous-tendent la liberté), mais parce que l'incidence de pareille restriction sur les droits à la liberté d'expression dépendra du caractère adéquat des solutions de rechange viables pour le message ou la personne qui s'exprime. La question que la Cour devrait alors être appelée à trancher ne devrait donc pas être celle

de savoir si le discours promeut les valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression, mais plutôt si le moment, l'endroit ou la manière de l'expression (qui est restreinte) est important ou nécessaire à la communication efficace du message de la personne qui s'exprime. Si une personne peut communiquer efficacement son message d'une autre manière, ou à d'autres endroits ou moments, alors la restriction peut être considérée comme mineure. Toutefois, certaines restrictions applicables au moment, à l'endroit et à la manière peuvent avoir une incidence notable sur la capacité de la personne à s'exprimer et ne devraient donc être maintenues que si elles sont jugées nécessaires au titre de l'article premier.

Limites à la liberté d'expression

Limites prescrites par une règle de droit

Si le tribunal décide que l'État a porté atteinte à la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b), il doit ensuite décider si la restriction est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. La première question que doit se poser le tribunal, à l'étape de la limitation, est de savoir si la restriction est prescrite « par une règle de droit ». Pour être prescrite par une règle de droit, la restriction doit prendre la forme de mesure législative, comme une loi, un règlement ou une politique exécutoire, et elle ne doit pas être vague, bien qu'il suffise que la règle restrictive énonce « une norme intelligible » pour établir si une conduite est visée par l'interdiction (*NS Pharmaceuticals* [1992]).

Le critère de l'arrêt *Oakes*

Dans l'arrêt *Oakes* [1986], qui a été rendu peu après l'adoption de la *Charte*, la Cour suprême du Canada a établi un critère général pour savoir si la restriction à un droit est raisonnable et si sa justification peut se démontrer au regard de l'article premier. Suivant la première partie du critère de l'arrêt *Oakes*, il faut se demander si l'objectif de la mesure législative qui apporte une restriction est suffisamment important pour justifier la limitation d'un droit ou d'une liberté fondamentale. Les deux étapes suivantes consistent à évaluer les moyens choisis pour atteindre cet objectif. Le critère du lien rationnel consiste à se demander si le moyen (la restriction) permet rationnellement et efficacement d'atteindre l'objectif réel et urgent de la loi. Par ailleurs, le critère de l'atteinte minimale consiste à se demander si la mesure ne restreint l'activité protégée (l'expression) que dans la mesure nécessaire à la réalisation de l'objectif de la loi. Le critère du lien rationnel et le critère de l'atteinte minimale sont, bien entendu, étroitement liés. Une loi qui ne favorise pas rationnellement l'objectif urgent et réel pour lequel elle a été adoptée peut être considérée comme restreignant inutilement le droit ou la liberté. De même, une loi qui restreint le droit ou la liberté au-delà de ce qui est nécessaire pour favoriser la réalisation de son objectif urgent et réel (qui ne porte pas le moins possible atteinte à la liberté) est dans cette mesure inefficace ou irrationnelle. Suivant l'étape finale du critère de l'arrêt *Oakes*, le tribunal doit se demander si le bénéfice tiré de la mesure restrictive est proportionnel à l'atteinte à la liberté.

Dans les cas où le tribunal conclut qu'une restriction n'est pas justifiée au regard de l'article premier, la décision est le plus souvent fondée sur le critère de l'atteinte minimale et, parfois, sur le critère du lien rationnel. Il ne fait aucun doute que ces critères en sont venus à jouer un rôle central dans l'évaluation des limites imposées par l'article premier par les tribunaux, car ils semblent nécessiter simplement une appréciation de la relation entre les moyens utilisés par la loi et les fins visées par celle-ci. Le tribunal peut invalider la loi non pas parce que son objet est contestable ou que les valeurs constitutionnelles auxquelles elle porte atteinte l'emportent sur les valeurs qu'elle défend, mais simplement parce que les moyens choisis pour favoriser l'atteinte de cet objectif sont inefficaces ou porteront inutilement atteinte à la liberté garantie.

Cependant, les critères du lien rationnel et de l'atteinte minimale ne demandent pas simplement de poser un jugement instrumental sur l'efficacité de la loi. Si, par exemple, le défaut de satisfaire au critère du lien rationnel dépendait uniquement de l'absence de lien entre les moyens choisis par la loi et les fins visées par celle-ci, ou le manque total d'efficacité de ces moyens pour réaliser ces fins, il n'y aurait jamais lieu de conclure au non-respect de ce critère, ou du moins très rarement. En effet, il serait difficile d'attribuer à une loi un objet qui ne serait vraisemblablement aucunement lié à ses dispositions. Le critère du lien rationnel doit plutôt faire intervenir une sorte de seuil d'efficacité, c'est-à-dire que le tribunal doit décider si la loi promeut *raisonnablement* l'objet urgent et réel pour lequel elle a été adoptée. De même, il sera très rare qu'une mesure de rechange moins restrictive en matière de droits permette de réaliser l'objectif réel de la loi de manière aussi complète ou efficace. La partie de la loi qui est dite irrationnelle ou trop large (de sorte que la loi ne porte pas le moins possible atteinte au droit) sera rarement totalement inefficace pour favoriser l'atteinte de l'objectif de la loi.

Étant donné que l'application des critères du lien rationnel et de l'atteinte minimale demande au tribunal de poser un jugement sur l'efficacité relative des moyens utilisés par la loi (en tout ou en partie), d'autres considérations entrent facilement dans l'analyse du tribunal. L'application de ces critères nécessite alors souvent de poser un jugement sur la valeur de l'expression restreinte par rapport à l'importance de l'objectif de la loi qui restreint l'expression. Par exemple, il est possible que le tribunal détermine qu'une loi ne satisfait pas au critère de l'atteinte minimale du fait que l'efficacité globale de la loi ne contribue que très légèrement à la réalisation de l'objectif urgent et réel de celle-ci et que l'atteinte marquée au droit garanti n'est donc pas justifiée. Le fait que l'appréciation du lien rationnel et de l'atteinte minimale nécessite généralement une évaluation de la valeur relative de l'expression restreinte par rapport au préjudice subit peut expliquer pourquoi l'étape finale de *mise en balance* du critère de l'arrêt *Oakes* est rarement plus qu'une formalité dans l'analyse de l'article premier. Le résultat de l'analyse effectuée à l'étape du critère final est invariablement le même que celui du critère de l'atteinte minimale parce que le tribunal a déjà procédé à une forme d'analyse de la proportionnalité à cette étape antérieure.

Le contexte et le principe de retenue judiciaire

La Cour suprême du Canada a déclaré qu'il ne peut être porté atteinte à la liberté d'expression que si son exercice est susceptible d'entraîner un préjudice important pour des intérêts sociaux ou individuels. Par contre, elle a parallèlement adopté une approche contextuelle pour évaluer les limites de cette liberté (*Dagenais* [1994] à la p 878). Lorsqu'il s'agit de déterminer si une limite est justifiée, les tribunaux doivent examiner la nécessité ou l'importance de la restriction, mais aussi la mesure dans laquelle cette restriction porte atteinte à la liberté d'expression. Comme il a été mentionné, la Cour suprême a défini la portée de l'alinéa 2b) de manière large afin de protéger toutes les formes d'expression non violentes. Cependant, lorsqu'elle évalue les limites à cette liberté au regard de l'article premier, elle fait une distinction entre les formes d'expression de base et les formes marginales, leur accordant une valeur plus ou moins importante. La Cour reconnaît que puisque le droit est défini de manière générale et inclusive, la *valeur* des différentes formes d'expression protégées peut varier considérablement⁴. Par exemple, la liberté d'expression politique est considérée comme une forme d'expression de base qui peut être restreinte seulement pour les raisons les plus sérieuses et impérieuses. À l'inverse, les obscénités, les publicités commerciales et la propagande haineuse sont considérées comme des formes d'expression marginales, car elles ne sont pas liées aussi directement aux valeurs sous-jacentes de la liberté. Elles peuvent donc être restreintes pour des raisons moins sérieuses.

Dans l'arrêt *Keegstra* [1990], par exemple, le juge en chef Dickson, s'exprimant au nom de la majorité, a déclaré que bien que la propagande haineuse relève de la protection de l'alinéa 2b) de la Charte, elle « s'écarte beaucoup de l'esprit même de l'al. 2b) » et les restrictions imposées à ce type d'expression peuvent se justifier plus facilement au regard de l'article premier. Selon lui, la propagande haineuse mine l'autonomie et la participation démocratique des membres du groupe visé par la propagande, et elle nuit à l'atteinte de la vérité ou à la croissance du savoir public parce qu'elle propage de fausses affirmations.

Dans certaines circonstances, les tribunaux sont également prêts à faire preuve de *retenue* envers la décision du législateur de restreindre la liberté d'expression. Dans l'arrêt *Irwin Toy* [1989], qui portait sur une loi interdisant la publicité destinée aux enfants, la Cour suprême a mentionné qu'elle ferait preuve de retenue envers la décision du législateur d'imposer une certaine restriction à un droit comme la liberté d'expression « [l]orsque le législateur arbitre entre les revendications divergentes de différents groupes de la collectivité » (*Irwin Toy* [1989] à la p 990). Il ne lui appartient pas de remettre en question la décision du législateur à propos de la ligne de démarcation entre des revendications divergentes. La Cour était également d'avis qu'au moment de déterminer si les restrictions imposées satisfont au principe de l'atteinte minimale, elle ne doit pas adopter « une interprétation restrictive de la preuve en matière de sciences humaines [et obliger] les législatures à choisir les moyens les

⁴ Dans l'arrêt *Lucas* [1998], à la p 459, le juge Cory a déclaré ceci : « Tout simplement, la protection dont pourra bénéficier l'expression variera selon sa nature. Plus l'expression s'éloignera des valeurs centrales de ce droit, plus la capacité de justifier l'action restrictive de l'État sera grande. »

moins ambitieux pour protéger des groupes vulnérables » (*Irwin Toy* [1989] à la p 993). La première chose qui sous-tend l'appel à la retenue de la Cour est la crainte que la Charte « devienne [...] l'instrument dont se serviront les plus favorisés pour écarter des lois dont l'objet est d'améliorer le sort des moins favorisés ». La deuxième est l'opinion selon laquelle la Cour ne devrait pas écarter trop vite les compromis auxquels sont parvenues les institutions démocratiques (*Irwin Toy* [1989] à la p 993)⁵.

Il existe deux façons différentes dont le tribunal peut faire preuve de retenue envers le jugement du législateur. La première consiste à faire preuve de retenue à l'égard des conclusions de fait qu'il a tirées. Le tribunal peut décider d'abaisser la norme de preuve que le législateur doit respecter pour établir le fondement factuel des raisons pour lesquelles le droit a été restreint. Dans l'arrêt *Irwin Toy* [1989], il n'y avait guère de doute que l'objectif de protéger les enfants contre la manipulation était suffisamment important pour justifier une restriction de la liberté d'expression. La question plus difficile était de savoir si le gouvernement avait réussi à prouver que la restriction imposée à l'égard de la publicité permettait d'atteindre efficacement cet objectif important sans porter atteinte inutilement à la liberté d'expression. Cherchant à justifier la restriction imposée aux publicités destinées aux enfants de moins de treize ans, le législateur s'était fondé sur des éléments de preuve en matière de sciences humaines qui démontraient que les enfants étaient incapables d'évaluer de façon critique les publicités. Toutefois, ces éléments de preuve n'étaient pas sans équivoque. Particulièrement, ils ne permettaient pas de déterminer si les enfants de plus de six ans étaient vulnérables à l'influence manipulatrice des publicités. La Cour a cependant jugé que dans cette affaire, elle ne devait pas remettre en question l'évaluation que le législateur avait faite des éléments de preuve en matière de sciences humaines. Cette retenue semble s'expliquer principalement par le fait que la Cour était d'avis que sa compétence était limitée à l'égard de tels sujets et qu'il était inapproprié de substituer sa propre interprétation de la preuve à celle du législateur élu (*Irwin Toy* [1989] à la p 990). La deuxième forme de retenue judiciaire concerne la façon dont le législateur concilie des valeurs ou des intérêts concurrents. S'il a pris une décision apparemment raisonnable selon laquelle les craintes concernant la manipulation des enfants (ou un autre intérêt) justifient la restriction de certaines formes d'expression, le tribunal ne doit pas simplement y substituer sa propre décision. Le doute qui subsiste concernant la légitimité d'une remise en question des jugements de valeur des institutions démocratiques explique peut-être cette forme de retenue.

La réglementation de la propagande haineuse

⁵ Dans l'arrêt *Thomson* [1998], au para 90, le juge Bastarache décrit quelques-uns des facteurs contextuels que le tribunal devrait prendre en considération lorsqu'elle évalue les restrictions à un droit au regard de l'article premier. Plus particulièrement, il souligne que « la vulnérabilité du groupe que le législateur cherche à protéger [...], les craintes subjectives et la crainte de préjudice entretenue par ce groupe [...], et l'incapacité de mesurer scientifiquement le préjudice particulier en cause ou l'efficacité d'une réparation [...], sont autant de facteurs que le tribunal doit prendre en considération lorsqu'il décide si une restriction est justifiée ».

Le droit canadien

En 1970, le gouvernement canadien a édicté les infractions criminelles suivantes : encourager au génocide (art 318), inciter à la haine contre un

groupe identifiable – en fonction de la race, de la religion et de l'origine ethnique – lorsqu'une telle incitation est susceptible d'entraîner une violation de la paix (art 319(1)), et fomenter volontairement la haine contre un groupe identifiable (art 319(2)). Ces ajouts au *Code criminel* ont été faits sur avis de la Commission Cohen [1996], qui avait présenté un rapport au Parlement quelques années plus tôt.

Pour qu'un accusé soit déclaré coupable d'avoir fomenté la haine au titre du paragraphe 319(2) du *Code criminel*, il faut démontrer qu'il a tenu un discours qui a soit suscité la haine chez son auditoire, soit entraîné un risque qu'une telle haine soit suscitée, et démontrer qu'il a prononcé ce discours de manière délibérée ou du moins en sachant que son discours était susceptible d'avoir cet effet (*Mugesera* [2005] au para 102). Le *Code criminel* contient plusieurs moyens de défense à l'accusation de propagande haineuse. Notamment, nul ne peut être déclaré coupable de l'infraction prévue à ce paragraphe « [s'il] a, de bonne foi, exprimé une opinion sur un sujet religieux ou une opinion fondée sur un texte religieux auquel il croit, ou a tenté d'en établir le bien-fondé par argument » (art 319(3)b) ou « [s'il] établit que les déclarations communiquées étaient vraies » (art 319(3)a) ou encore « [si] les déclarations se rapportaient à une question d'intérêt public dont l'examen était fait dans l'intérêt du public et, pour des motifs raisonnables, il les croyait vraies » (art 319(3)c)). Seul le procureur général de la province peut consentir à ce qu'une poursuite soit intentée pour l'infraction criminelle de propagande haineuse.

En 1977, le gouvernement fédéral a modifié la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [la LCDP] afin d'y inclure une interdiction concernant les communications « téléphoniques » susceptibles d'exposer des personnes appartenant à un groupe identifiable à la haine ou au mépris. La portée de l'article 13 de la LCDP a par la suite été élargie afin d'inclure la propagande haineuse sur Internet. Cet article a été abrogé par le gouvernement fédéral en 2013, bien que le gouvernement actuel ait promis de le rétablir dans une forme légèrement modifiée. Les lois sur les droits de la personne de la Colombie-Britannique, de l'Alberta, de la Saskatchewan et des Territoires du Nord-Ouest contiennent une disposition semblable à l'article 13, qui s'applique aux affiches et aux publications.

L'interdiction de propagande haineuse prévue dans ces lois est fondée sur le dépôt de plaintes. Une personne ou une organisation peut déposer une plainte en vertu de la loi, et cette plainte fait l'objet d'une enquête par une commission des droits de la personne⁶. La commission doit juger si la plainte est fondée, puis la renvoyer à un tribunal afin qu'il rende une décision. L'objectif de l'interdiction de propagande haineuse prévue aux lois sur les droits de la personne n'est pas de condamner ou de punir la

⁶ En Colombie-Britannique, les plaintes sont directement adressées au tribunal. En Saskatchewan, la commission renvoie les plaintes aux tribunaux.

personne qui a commis l'acte discriminatoire, mais plutôt de prévenir ou de corriger les pratiques discriminatoires ou d'indemniser les victimes de discrimination pour les préjudices subis. Contrairement aux personnes accusées sous le régime du *Code criminel*, une personne peut être déclarée coupable d'un manquement à la loi sur les droits de la personne même si elle n'avait pas l'*intention* d'exposer d'autres personnes à la haine ou si elle ne s'est pas rendu compte que ses propos pouvaient avoir cet effet. L'accent est placé sur l'effet de l'acte et non sur l'intention. Habituellement, la personne déclarée coupable d'un manquement à la loi sur les droits de la personne fait l'objet d'une ordonnance qui l'enjoint de cesser ses pratiques discriminatoires.

Le *Code criminel* interdit de fomenter volontairement la haine contre un groupe « identifiable » – par la couleur, la race, la religion, l'origine nationale ou ethnique, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle ou l'identité ou l'expression de genre ou les déficiences mentale ou physique. L'interdiction de propagande haineuse prévue dans les lois sur les droits de la personne protège encore plus de groupes.

L'infraction criminelle d'*incitation* à la haine ne s'applique qu'aux discours qui sont étroitement liés (dans le temps et dans l'espace) à la violence. Par exemple, il a violation du paragraphe 319(1) du *Code criminel*, qui interdit d'inciter à la haine contre un groupe identifiable, uniquement « lorsqu'une telle incitation est susceptible d'entraîner une violation de la paix ». La conclusion selon laquelle le discours est susceptible d'avoir un tel effet (la reconnaissance d'un lien de *causalité* entre le discours et l'action) repose en partie sur la nature de l'expression, mais plus encore sur le contexte, et en particulier sur le fait que l'auditoire ne peut pas se faire une idée éclairée ou indépendante avant d'agir. Un locuteur qui incite un groupe (à fleur de peau) à agir immédiatement pourrait être considéré comme dirigeant l'auditoire dans cet acte et comme causant le préjudice qui en découle, ou comme y contribuant.

Par contre, les tribunaux canadiens ont confirmé des restrictions à la propagande haineuse, même lorsque la violence n'est pas la conséquence certaine et immédiate du discours. Les cas types de propagande haineuse au Canada portent sur la restriction de propos racistes visant à persuader les membres du grand public de la nature dangereuse et indésirable de membres d'un groupe particulier. Le droit s'appuie sur la croyance selon laquelle ceux qui entendent des propos racistes pourraient en venir à considérer le groupe visé différemment et pourraient être encouragés à agir de façon discriminatoire ou même violente envers les membres de ce groupe. Nous nous heurtons à deux difficultés lorsque nous tentons de concilier la réglementation de la propagande haineuse et le droit à la liberté d'expression. La première concerne l'affirmation selon laquelle il existe un lien de causalité entre l'expression d'opinions haineuses et la dissémination de la haine (et les actes de discrimination et de violence) dans la collectivité. La deuxième concerne l'affirmation selon laquelle il est possible d'isoler une catégorie restreinte de discours extrêmes ou haineux qui suscitent la haine dans la collectivité ou qui y contribuent afin de les restreindre.

La constitutionnalité de l'infraction criminelle de propagande haineuse : *R c Keegstra*

Dans l'arrêt *Keegstra* [1990], l'arrêt de principe sur la propagande haineuse au Canada, la Cour suprême a déclaré que l'interdiction prévue au *Code criminel* à l'égard de la fomentation volontaire de la haine constituait une limite justifiée du droit à la liberté d'expression garanti par la Charte. Le juge en chef Dickson, s'exprimant au nom de la majorité, a déclaré que le paragraphe 319(2) restreignait l'expression et qu'il représentait donc une violation de l'alinéa 2b) de la Charte. Cependant, il a conclu que cette restriction était justifiée au regard de l'article premier, la disposition de la Charte utilisée pour justifier les limites des droits et libertés qu'elle garantit, puisque son objectif – prévenir la propagation de la haine dans la collectivité – était « important et convaincant » et parce qu'elle ne limitait qu'une catégorie restreinte de propos extrêmes qui « s'écarte beaucoup de l'esprit même de l'al. 2b) » (*Keegstra* [1990] au para 99). Dans ses motifs dissidents, la juge McLachlin a convenu que la prévention de la dissémination d'idées haineuses était un objectif public important, mais n'a pas reconnu que son interdiction criminelle permettait efficacement d'atteindre cet objectif tout en limitant le moins possible la liberté d'expression.

Dès le début de son analyse au titre de l'article premier, le juge en chef Dickson a relevé deux « préjudice[s] très réel[s] » que cause la propagande haineuse (*Keegstra* [1990] au para 64). Il a d'abord fait remarquer que les membres du groupe visé subissaient un préjudice émotionnel ou psychologique. Selon le juge en chef Dickson, la « dérision, l'hostilité et les injures encouragées par la propagande haineuse » ont un effet négatif sur les membres du groupe parce que leur « sentiment de dignité humaine et d'appartenance à l'ensemble de la collectivité est étroitement lié à l'intérêt et au respect témoignés à l'égard des groupes » auxquels ils appartiennent (*Keegstra* [1990] au para 65). Comme l'identité d'une personne est partiellement constituée de son association et de son interaction avec les autres, les attaques envers le groupe auquel elle appartient la touchent personnellement et, parfois, très profondément. Le deuxième préjudice relevé par le juge en chef Dickson est celui que la propagande haineuse cause à « l'ensemble de la société » (*Keegstra* [1990] au para 66). Si les membres de la société sont persuadés par le discours véhiculé dans le cadre de la propagande haineuse, ils peuvent commettre des actes de violence et de discrimination qui engendrent « de graves discordes » dans la collectivité (*Keegstra* [1990] au para 66).

Le juge en chef Dickson était prêt à dire que la propagande haineuse entraîne la dissémination de la haine dans la collectivité, ou y contribue, parce qu'il était sceptique à propos du rôle que joue le raisonnement dans le processus de communication, du moins dans certaines situations⁷. Il a répété l'observation formulée par la Commission

⁷ Dans l'arrêt *Keegstra* [1990], à la page 853, la juge McLachlin a laissé entrevoir un problème plus immédiat concernant le scepticisme de la majorité à l'égard du raisonnement de l'auditoire : « L'argument selon lequel les poursuites criminelles contre ce type d'expression réduiront le racisme et favoriseront le multiculturalisme suppose que certains auditeurs sont assez crédules pour ajouter foi aux propos en question s'ils en prennent connaissance. Mais si l'hypothèse est valable, il est peut-être tout aussi probable que ces auditeurs croiront qu'il y a du vrai dans l'expression raciste puisque le gouvernement essaie de la supprimer. »

Cohen, selon laquelle « les gens peuvent être persuadés de "presque n'importe quoi" [...] pour peu qu'on se serve de la bonne technique pour leur communiquer des renseignements ou des idées et qu'on le fasse dans des circonstances propices » (*Keegstra* [1990] au para 66).

Le juge en chef a également conclu que la restriction était de portée limitée et que par conséquent, son incidence sur la liberté d'expression était également limitée. Il a souligné que la restriction ne s'appliquait que lorsqu'une personne *fomente* volontairement la haine. Pour fomenter la haine – l'*actus reus* de l'infraction – il faut plus que simplement encourager une opinion haineuse. Il faut un soutien actif ou une instigation. Le juge en chef Dickson a reconnu que le lien de causalité entre un acte particulier d'expression et la génération de la haine dans la collectivité peut être difficile à établir et que le fait d'exiger une « preuve directe » d'un « lien causal entre une déclaration donnée et la haine pour un groupe identifiable » pourrait limiter gravement l'efficacité de l'interdiction. À son avis, l'*actus reus* de l'infraction serait établi si les propos entraînent un risque de préjudice. Pour en arriver à cette conclusion, le tribunal doit déterminer si les propos sont du genre qui peuvent entraîner une dissémination de la haine (*Keegstra* [1990] au para 119).

En outre, le locuteur doit fomenter *volontairement* la haine. Selon le juge en chef Dickson, il doit « souhaite[r] la fomentation de haine » ou il doit reconnaître que la fomentation de la haine est la conséquence probable de l'expression – qu'elle résultera « certainement ou presque certainement » de l'acte accompli (*Keegstra* [1990] au para 111)⁸. Comme la Cour l'a souligné dans le jugement plus récent *Mugesera* [2005], au paragraphe 104, « [b]ien qu'il ne soit pas nécessaire de prouver le lien de causalité, l'auteur des déclarations doit vouloir que le message provoque la haine ». Dans l'arrêt *Keegstra* [1990], le juge en chef Dickson a reconnu qu'au moment de décider si l'accusé a réellement eu l'intention de fomenter la haine, « le juge des faits, se fondant sur les déclarations en question, fait normalement une inférence quant à la *mens rea* requise » (*Keegstra* [1990] au para 117). Autrement dit, la cour examinera généralement le contenu et le ton du discours ainsi que l'auditoire ciblé au moment de déterminer si le locuteur avait l'intention de fomenter la haine⁹.

⁸Dans l'affaire *Ahenakew* [2009], un tribunal de la Saskatchewan a jugé que même si M. Ahenakew avait fait un certain nombre de déclarations antisémites [TRADUCTION] « révoltantes » à un reporter, il n'avait pas eu l'intention de fomenter la haine, mais avait plutôt été incité à répondre avec colère aux questions qui lui avaient été posées.

⁹ Dans l'arrêt *Mugesera* [2005], au paragraphe 103, la Cour suprême du Canada a décrit les éléments de l'infraction prévue au paragraphe 319(2) du *Code criminel* – fomenter volontairement la haine – et a mentionné qu'elle devait analyser le discours dans son « contexte historique et social ». Par contre, si, comme le juge en chef Dickson l'a reconnu (dans son examen de l'*actus reus* de l'infraction), il est difficile d'établir un lien entre le discours et la fomentation de la haine (inculquer ou renforcer les attitudes racistes chez l'auditoire), quelles conclusions la cour peut-elle tirer des déclarations du locuteur à propos de son intention ou de la prévisibilité d'un acte haineux?

Enfin, le juge en chef Dickson était d'avis que l'interdiction de la propagande haineuse n'entravait pas la liberté d'expression de manière significative puisque la disposition ne limite qu'une catégorie restreinte d'expression d'idées extrêmes (causant ou susceptibles de causer la haine) et n'englobe pas l'expression d'idées qui ne sont qu'impopulaires ou non conformistes (*Keegstra* [1990] au para 105). Selon le juge Dickson, le terme « haine » désigne une « émotion à la fois intense et extrême qui est clairement associée à la calomnie et à la détestation » et donc, seulement les formes les plus intenses de l'aversion relèvent de cette infraction (*Keegstra* [1990], au para 116). La haine est une émotion extrême « à laquelle la raison est étrangère » et, lorsqu'elle est dirigée vers les membres d'un groupe identifiable, implique que ces personnes doivent être « méprisées, dédaignées, maltraitées et vilipendées », et ce, à cause de leur appartenance à ce groupe (*Keegstra* [1990] au para 116).

La constitutionnalité des codes des droits de la personne — *CCDP c Taylor et Whatcott c Sask. HRC*

Dans l'arrêt *Taylor* [1990], la Cour suprême du Canada a confirmé l'article 13 de la LCDP, comme étant une limite justifiée à la liberté d'expression, adoptant ainsi un raisonnement semblable à celui qui a été suivi dans l'arrêt *Keegstra* [1990]. Le juge en chef Dickson, au nom de la majorité de la Cour, a souligné la « profonde détresse psychologique » qu'amènent les discours haineux et « les conséquences préjudiciables » de ces discours sur les membres du groupe cible, y compris « la perte de l'estime de soi, des sentiments de colère et d'indignation et une forte incitation à renoncer aux caractéristiques culturelles qui les distinguent des autres » (*Taylor* [1990] à la p 40). Il a ajouté que les discours haineux peuvent parvenir à « convaincre les auditeurs, fût-ce subtilement, de l'infériorité de certains groupes raciaux ou religieux », ce qui peut entraîner des actes de discrimination et même de la violence (*Taylor* [1990] à la p 40). Comme dans l'arrêt *Keegstra* [1990], il a interprété la portée de la restriction imposée par l'article 13 de façon étroite, de sorte qu'elle se limite aux propos extrêmes qui suscitent la haine. Il a réitéré que la haine suscite des « émotions exceptionnellement fortes et profondes de détestation se traduisant par des calomnies et la diffamation » et qu'elle « n'admet chez la personne visée "aucune qualité qui rachète ses défauts" » (*Taylor* [1990] à la p 461). En même temps, il a reconnu que « la nature même de la législation sur les droits de la personne milite contre une interprétation indûment stricte du par. 13(1) » (*Taylor* [1990] à la p 59).

Il y avait toutefois une différence importante entre une interdiction édictée dans une loi relative aux droits de la personne et une interdiction pénale de propagande haineuse. L'article 13, contrairement à l'interdiction prévue dans le *Code criminel*, n'exigeait pas qu'il y ait une intention de fomenter la haine. Comme le juge en chef Dickson l'a fait remarquer, cet article n'envisage « que les effets probables et il semble être sans pertinence qu'un individu ait voulu exposer des personnes à la haine ou au mépris en raison de leur race ou de leur religion » (*Taylor* [1990] à la p 66). Dans l'arrêt *Keegstra* [1990], le juge en chef Dickson a conclu que l'interdiction de propagande haineuse prévue dans le *Code criminel* était une restriction justifiée à la liberté d'expression parce

qu'elle ne s'appliquait qu'aux communications constituant une fomentation *volontaire* de la haine. Néanmoins, dans l'arrêt *Taylor* [1990], il a conclu que l'absence d'une exigence d'intention ne compromettait pas la constitutionnalité de l'article 13 parce que les lois en matière de droits de la personne visent « la compensation et la protection » de la victime et donc leur rôle n'est pas de « punir ou de stigmatiser » les personnes qui pratiquent la discrimination (*Taylor* [1990] à la p 70). Même si « [cet article] impose à la liberté d'expression une restriction un peu plus large que le par. 319(2) du *Code criminel* [...] la nature conciliatoire d'une loi sur les droits de la personne rend une telle restriction plus acceptable que s'il s'agissait d'une disposition pénale » (*Taylor* [1990] à la p 61).¹⁰

Quelques années plus tard, dans l'arrêt *Whatcott* [2013], la Cour suprême a conclu que l'interdiction de propagande haineuse prévue dans le *Saskatchewan Human Rights Code* [Code] était, à une modification près, une restriction justifiée du droit à la liberté d'expression garanti par la Charte. L'alinéa 14(1)b) du Code interdit les signes et autres formes de représentation qui [TRADUCTION] « exposent ou tendent à exposer une personne ou une catégorie de personnes à la haine pour un motif de distinction illicite », ce qui comprend la race, l'ethnicité, le sexe, l'orientation sexuelle et la déficience. Cependant, cet article interdit également les propos qui [TRADUCTION] « ridiculisent, rabaissent ou portent atteinte à la dignité » d'une personne pour un tel motif. La Cour a conclu que cet élément de l'interdiction ne pouvait pas être justifié en vertu de la Charte et l'a retranché de l'article.

En confirmant le reste de l'interdiction, la Cour a suivi la décision qu'elle avait déjà rendue dans l'arrêt *Taylor* [1990]. Le juge Rothstein, s'exprimant au nom de la Cour, a indiqué que le préjudice que causent les propos haineux ne s'arrête pas aux « troubles psychologiques » des membres individuels du groupe. Les propos haineux peuvent, selon lui, avoir des « incidences sur l'ensemble de la société ». « Si un groupe de personnes est considéré comme inférieur, sous-humain ou sans loi, il est plus facile de justifier le refus de lui reconnaître, ainsi qu'à ses membres, l'égalité des droits ou de statut » (*Whatcott* [2013] au para 74). De cette façon, les propos haineux « préparent le terrain en vue de porter des attaques plus virulentes contre les groupes vulnérables [lesquelles] peuvent prendre la forme de mesures discriminatoires, d'ostracisme, de ségrégation, d'expulsion et de violences et, dans les cas les plus extrêmes, de

¹⁰ Le fait que la loi n'exige pas une intention formelle n'est peut-être pas si important, car il est difficile d'imaginer que la haine puisse être provoquée de façon non intentionnelle ou involontaire. Dans l'arrêt *Keegstra* [1990], la Cour a déclaré que l'intention de fomenter la haine pouvait généralement être inférée à partir des propos de l'interlocuteur. Une personne qui exprime des opinions extrêmes a l'intention de provoquer de la haine ou, à tout le moins, reconnaît qu'il s'agit d'une conséquence possible de ses propos. En effet, dans tous les cas où le TCDP a conclu à une violation de l'article 13, les propos exprimés étaient si extrêmes qu'il est peu probable que l'ajout d'une exigence relative à l'intention ou la connaissance aurait donné un résultat différent. Dans la plupart de ces cas, l'appel à la violence contre le groupe cible était explicite (Moon, 2008).

génocide » (*Whatcott* [2013] au para 74). Les propos haineux « cherchent à dénigrer les membres du groupe aux yeux de la majorité en attaquant leur statut social et en compromettant leur acceptation au sein de la société » et en faisant en sorte qu'il « est plus facile de justifier un traitement discriminatoire » (*Whatcott* [2013] au para 71).

Le juge Rothstein a confirmé que le critère permettant de savoir si des propos sont susceptibles de « fomenter la haine » consiste à savoir « si une personne raisonnable informée du contexte et des circonstances dans lesquels les propos ont été tenus estimerait que ces derniers exposent le groupe protégé à la haine » (*Whatcott* [2013] au para 58). Selon le juge Rothstein, il n'est pas réaliste de vouloir établir un « lien de causalité précis » entre les propos haineux et le préjudice et qu'il est possible de recourir au bon sens et à l'expérience (de la personne raisonnable) pour établir le lien (*Whatcott* [2013] au para 132). Le décideur doit examiner la teneur et le ton des propos, comme l'utilisation d'un langage incendiaire et dérogoire, afin de déterminer s'ils sont susceptibles de fomenter la haine.

Le juge Rothstein a souligné que l'interdiction ne vise qu'une catégorie particulière d'expression extrême, soit les propos qui diffament les membres d'un groupe, c'est-à-dire qui leur prêtent « des caractéristiques répugnantes, des lacunes intrinsèques ou des tendances immorales » (*Whatcott* [2013] au para 57). Selon le juge Rothstein, l'interdiction ne s'applique pas aux propos qui ne font que dénigrer, humilier ou offenser les membres d'un groupe. En s'appuyant sur la jurisprudence du Tribunal canadien des droits de la personne, il a relevé certains « thèmes distinctifs des messages haineux » (indicateurs d'expression extrême), comme le fait de décrire un groupe comme « une puissante menace qui prend le contrôle des principales institutions de la société et qui prive les autres de leur gagne-pain, de leur sécurité, de leur liberté de parole et de leur bien-être général », comme un groupe « qui s'en prend aux enfants », qui est responsable « des problèmes actuels de la société et du monde », qui est « foncièrement dangereux ou violent », qui n'a « aucune qualité qui rachète [ses] défauts et [...] foncièrement mauvais », ou en comparant ses membres à « des animaux, à de la vermine, à des excréments et à d'autres substances nocives » (*Whatcott* [2013] aux para 44-45). Les divers thèmes distinctifs des messages haineux, énoncés par le juge Rothstein, supposent des propos sur l'infériorité ou la dangerosité du groupe cible qui peuvent encourager ou renforcer les opinions haineuses des membres de l'auditoire. Même si le juge Rothstein affirme que l'interdiction ne vise pas les « idées » exprimées, mais simplement leur « mode » d'expression en public, ces propos véhiculent des opinions extrêmes ou haineuses sur les membres de certains groupes (*Whatcott* [2013] au para 51).

Dans les arrêts *Whatcott* [2013] et *Taylor* [1990], il y a un conflit entre la description générale faite par la Cour suprême de l'objectif de l'interdiction de propagande haineuse prévue dans les lois sur les droits de la personne et sa définition étroite de la portée de l'interdiction. Selon la Cour, l'objectif de l'interdiction est de proscrire les propos qui portent atteinte à la dignité ou au statut des membres d'un groupe identifiable et il est lié à l'objectif législatif général qui consiste à « empêcher la propagation des préjugés et [...] favoriser la tolérance et l'égalité au sein de la

collectivité » (*Taylor* [1995], à la p 37). Cependant, si l'objectif de l'interdiction est interprété de façon aussi large, il est difficile de voir pourquoi sa portée devrait être limitée aux propos extrêmes ou haineux. Les propos qui encouragent les sentiments d'aversion et de suspicion peuvent très bien conduire à des actes de discrimination. Les stéréotypes de groupe, par exemple, peuvent avoir un effet négatif sur le statut du groupe dans la collectivité et peuvent encourager un traitement discriminatoire de ses membres.

Cependant, toute tentative visant à exclure du discours public les préjugés raciaux ou autres, y compris les stéréotypes, nécessiterait une intervention extraordinaire de l'État. Comme les propos discriminatoires sont si courants, il est impossible d'établir des règles claires et efficaces pour les identifier et les exclure. Et comme les attitudes et les présomptions discriminatoires sont si répandues, il faut absolument les dénoncer et les contester dans la sphère publique - les traiter comme des opinions politiques répréhensibles ou erronées auxquelles il faut répondre publiquement.

Insultes et harcèlement

Il existe au Canada diverses lois qui restreignent les insultes adressées à des personnes ou à des groupes dans des environnements fermés. Il est admis que les insultes racistes, sexistes et autres doivent être interdites en milieu de travail, dans les écoles et dans d'autres environnements similaires, où il est difficile de les éviter. L'environnement de travail est à la fois fermé et hiérarchisé et l'on peut donc raisonnablement s'attendre à un niveau de civilité plus élevé. L'interdiction de proférer des insultes racistes et autres dans les aires publiques, comme la rue, bénéficie également d'un soutien croissant.

Lorsque les insultes sont adressées aux membres d'un groupe en milieu de travail ou dans la rue, l'agresseur et l'agressé occupent le même espace physique – la cour d'école, le bureau, la rue. Les insultes peuvent être difficiles à éviter, qu'elles proviennent d'une ou de quelques personnes en milieu de travail ou d'une succession d'individus sans lien entre eux dans la rue. Cependant, la plupart des insultes ont désormais lieu en ligne, sur Twitter et d'autres plateformes de médias sociaux. Les médias sociaux ont élargi l'espace dans lequel le harcèlement et les abus se produisent. Les paramètres de l'espace virtuel qu'occupent l'agresseur et l'agressé sont moins faciles à définir et peuvent englober un groupe d'individus potentiellement important. Les abus en ligne peuvent être anonymes, nombreux et persistants¹¹.

¹¹ L'arrêt *Ward* rendu en 2021 par la Cour suprême du Canada met en lumière certaines des difficultés à surmonter pour lutter contre les insultes ou le harcèlement dans le nouveau paysage de la communication. Les juges majoritaires se sont concentrés sur les conséquences du discours de M. Ward pour les membres de son auditoire et sur la question de savoir s'il était susceptible de les amener à traiter M. Gabriel et d'autres personnes en situation de handicap

Plusieurs provinces ont adopté des lois sur la cyberintimidation, qui s'appliquent principalement dans le contexte de l'éducation. Ces lois interdisent un certain nombre d'activités, comme les menaces, le harcèlement, l'invitation au suicide et l'usurpation d'identité en ligne¹². Le Code criminel interdit le harcèlement criminel (art 264(1)) et le fait de proférer des menaces (art 264.1(1)), et comprend maintenant une interdiction de publier ou de transmettre des images intimes d'une personne sans le consentement de cette dernière (art 162.1(1))

Accès aux propriétés de l'État

Le droit d'accès aux propriétés de l'État garanti par l'alinéa 2b) provient de deux jugements de la Cour suprême du Canada, les arrêts *Comité pour la République du Canada* [1991] et *Montréal (Ville)* [2005]. Dans l'arrêt *Comité pour la République du Canada* [1991], la Cour a décrit les propriétés de l'État comme étant de nature « quasi fiduciaire », faisant remarquer que le gouvernement « possède des endroits au bénéfice et pour l'usage des citoyens, contrairement au propriétaire privé qui profite en son propre intérêt des lieux dont il est propriétaire » (*Comité pour la République du Canada* [1991], à la p 154). La juge L'Heureux-Dubé a reconnu que si « les membres du public n'avaient absolument pas le droit de se livrer à une activité expressive dans la propriété du gouvernement, ils auraient peu d'occasions d'exercer leur liberté d'expression ». Ainsi, « [s]euls ceux qui sont assez fortunés pour être propriétaires fonciers ou qui ont accès à d'importants médias [...] pourraient bénéficier de la liberté d'expression » (*Comité pour la République du Canada* [1991], à la p 198).

Dans l'arrêt *Comité pour la République du Canada* [1991], les responsables de l'aéroport de Dorval, à Montréal, ont empêché les membres du Comité pour la République du Canada de communiquer leurs opinions politiques aux passants dans les aires publiques de l'aéroport. Les membres du comité ont été informés que leurs activités (parler avec les passants et distribuer des tracts) violaient un règlement fédéral sur les aéroports selon lequel nul ne peut « se livrer à une activité ou à une entreprise, commerciale ou autre, à un aéroport ». Les membres du comité ont contesté la restriction de leur activité, faisant valoir qu'ils avaient le droit de s'exprimer dans les zones publiques de l'aéroport en vertu de la Charte, et que ce droit avait été violé par

comme des personnes inférieures. La majorité a conclu que le discours n'était pas extrême au point d'enfreindre les dispositions antidiscrimination de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. Les juges dissidents se sont plutôt concentrés sur l'incidence du discours sur M. Gabriel et sur la possibilité qu'il se sente intimidé ou humilié.

¹²Dans la décision *Crouch* rendue en 2015, un tribunal de la Nouvelle-Écosse a annulé la loi provinciale sur la cyberintimidation au motif qu'il s'agissait d'une restriction inutilement excessive de la liberté d'expression parce qu'elle s'appliquait aux communications à la fois privées et publiques, qu'elle ne prévoyait aucun moyen de défense et qu'elle n'exigeait pas de preuve de préjudice. Depuis, le gouvernement de la Nouvelle-Écosse a instauré une interdiction plus restreinte de la cyberintimidation.

les autorités aéroportuaires¹³.

La Cour a convenu que l'ingérence de l'administration aéroportuaire dans la communication des opinions politiques des membres du comité dans les zones publiques de l'aéroport constituait une restriction de la liberté d'expression qui ne pouvait être justifiée en vertu de l'article premier. Cependant, les membres de la Cour ont proposé trois approches différentes à la question de l'accès à la propriété de l'État aux fins de communication.

Le juge en chef Lamer a estimé que la question de savoir si un individu peut s'exprimer sur une propriété d'État devrait être résolue en vertu de l'alinéa 2b) et devrait dépendre simplement de la question de savoir si l'expression est compatible avec l'usage que l'État fait de cette propriété. Selon lui, l'État n'enfreint pas l'alinéa 2b) lorsqu'il restreint l'expression qui est incompatible avec l'usage qu'il fait de la propriété. Toutefois, une restriction qui n'est pas fondée sur l'incompatibilité de l'activité expressive avec l'usage que fait l'État de la propriété doit être justifiée par ce dernier en vertu de l'article premier. Le juge Lamer a illustré la souplesse de son critère en utilisant l'exemple de la bibliothèque du Parlement :

Personne ne saurait prétendre, par exemple, qu'un individu peut, sous l'égide de la liberté d'expression, se mettre à crier un message politique quelconque dans la bibliothèque du Parlement ou dans toute autre bibliothèque. Cette forme d'expression, dans un tel contexte, serait incompatible à la destination fondamentale du lieu qui comprend des normes de silence essentielles. Lorsqu'un individu entreprend de s'exprimer en un lieu public, il ou elle devra considérer la fonction que doit remplir ce lieu et ajuster son tir afin que son expression ne constitue pas une embûche à cette fonction. Toujours dans l'exemple de la bibliothèque, l'on peut imaginer que le port d'un « t-shirt » arborant un message politique serait sans doute une forme d'expression conforme à la destination d'un tel endroit. (*Comité pour la République du Canada* [1991], à la p 157)

Dans l'affaire dont la Cour était saisie, le juge en chef Lamer a conclu que la distribution de tracts dans les zones publiques de l'aéroport était compatible avec l'exploitation efficace de la propriété.

Toutefois, le critère de compatibilité du juge en chef Lamer peut être appliqué de manière stricte ou souple. Il est presque toujours possible de conclure qu'une activité expressive particulière est incompatible, dans une certaine mesure, avec l'utilisation de la propriété de l'État parce qu'elle peut provoquer une certaine perturbation ou un certain désagrément. En outre, les propriétés de l'État servent souvent à des fins multiples. Les rues et les parcs, par exemple, peuvent servir d'espaces d'interaction et de discussion publiques, mais ils sont principalement utilisés pour le transport et les

¹³ Dans cette affaire, il s'agissait également de savoir si la distribution de tracts politiques était assujettie au règlement de l'aéroport, qui semblait viser principalement les activités commerciales.

loisirs. Ces différentes fonctions seront parfois opposées ou en conflit les unes avec les autres. Cependant, pour résoudre ce conflit, il ne suffit pas de décider qu'une utilisation de la propriété (l'expression) est incompatible avec l'utilisation principale de la propriété par l'État.

Dans ses motifs concordants, la juge L'Heureux-Dubé a estimé que l'État viole l'alinéa 2b) chaque fois qu'il restreint l'expression sur sa propriété et qu'il doit justifier cette restriction en vertu de l'article premier. Toute restriction de l'expression sur la propriété de l'État doit alors satisfaire aux critères de l'objectif réel, du lien rationnel, de l'atteinte minimale et de la proportionnalité de l'article premier. Elle a estimé qu'aucune autre approche ne correspond à l'interprétation large que la Cour suprême a donnée à l'alinéa 2b) dans ses décisions antérieures. Dans l'affaire dont la Cour était saisie, la juge L'Heureux-Dubé a conclu que la restriction à l'expression imposée par l'aéroport dans ses aires publiques violait l'alinéa 2b), et que cette restriction n'était pas justifiée aux termes de l'article premier. Elle a considéré que les aéroports étaient des « carrefours des temps modernes contemporains », l'équivalent fonctionnel d'autres voies publiques, et devraient donc être sur le même « pied constitutionnel » que les rues et les parcs (*Comité pour la République du Canada* [1991], à la p 205).

La juge L'Heureux-Dubé, tout en déclarant rejeter la « catégorisation [...] rigide » de la doctrine des tribunaux des États-Unis sur les forums publics, estimait que certaines propriétés de l'État pouvaient, de fait, être décrites comme des tribunes publiques (terme qu'elle a utilisé pour distinguer son approche de la doctrine sur les forums publics des tribunaux des États-Unis), en ce qu'elles sont généralement des aires publiques pouvant facilement accueillir des communications publiques. Selon elle, « certaines propriétés gouvernementales, mais non la totalité, sont ouvertes au public, en vertu de la Constitution, afin que le public puisse participer à des activités expressives » (*Comité pour la République du Canada* [1991], à la p 198). Elle estimait que « les rédacteurs de la Charte n'avaient sûrement pas l'intention de mettre les bureaux des employés du gouvernement, les tours de contrôle du trafic aérien, les cellules de prison et les cabinets de juge à la disposition des distributeurs de dépliants ou des manifestants » (*Comité pour la République du Canada* [1991], à la p 198). Elle a déclaré qu'au moment de juger si une propriété doit être considérée comme une « tribune publique » « approprié[e] à l'expression publique », les tribunaux doivent examiner des éléments tels que « [l]a disponibilité traditionnelle de ce genre de propriété à des fins d'activité expressive »; « l'accès du public à la propriété est ordinairement considéré ou non comme un droit »; « [l]a compatibilité de l'objet de la propriété avec ces activités expressives »; « [l]es conséquences de l'accessibilité de cette propriété, à des fins d'activité expressive, sur la réalisation des objets de l'alinéa 2b) »; et « [l]'accessibilité d'autres tribunes publiques, dans les environs, à des fins d'activité expressive » (*Comité pour la République du Canada* [1991], à la p 203).

La juge L'Heureux-Dubé a déclaré que, lorsqu'ils sont appelés à examiner des demandes d'accès, les tribunaux doivent faire preuve de souplesse lors de la mise en balance d'intérêts opposés. Or, s'appuyant sur l'article premier, elle était d'avis que les propriétés de l'État devaient être divisées en deux catégories : les tribunes publiques et

les tribunes non publiques ou les propriétés privées de l'État. Pour en arriver à cette conclusion, elle s'est fondée sur l'appréciation générale selon laquelle l'accès aux fins de communication et l'utilisation d'une propriété de l'État sont compatibles. De plus, au regard de l'article premier, elle était d'avis que la décision de classer une propriété en particulier dans la catégorie de tribune publique ou de propriété privée était cruciale. En effet, la façon dont une propriété de l'État est classifiée est importante, car les deux catégories de propriétés semblent commander des normes de contrôle différentes. Si une propriété est classée dans la catégorie de tribune publique, les communications publiques doivent y être autorisées, à moins que l'État puisse donner des raisons valables de restreindre cette activité. La juge L'Heureux-Dubé estimait que « les secteurs traditionnellement associés à des endroits où tout le monde a le droit d'exprimer son opinion par quelque moyen que ce soit, ou à des endroits semblables, devraient être protégés vigilement contre toute restriction législative de la liberté de parole » (*Comité pour la République du Canada* [1991], à la p 225). Toutefois, il sera toujours justifié de restreindre l'accès aux propriétés qui ne sont pas des tribunes publiques. La juge L'Heureux-Dubé a conclu que les aires libres de l'aéroport constituaient une tribune publique, et que les autorités de l'aéroport avaient donc porté atteinte au droit que confère l'alinéa 2b) au groupe lorsqu'elles ont empêché ce dernier de s'exprimer.

La juge McLachlin préconisait l'adoption d'une solution qu'elle estimait raisonnable en ce qui a trait à la question de l'accès à une propriété de l'État aux fins de communication. Elle était en effet d'avis qu'il y avait lieu de trouver un « compromis entre les positions extrêmes que sont le droit de s'exprimer dans toute propriété gouvernementale et l'absence de tout droit de s'y exprimer » (*Comité pour la République du Canada* [1991], à la p 242). Elle croyait que si, à titre d'accessoire du droit de propriété, l'État avait « le droit absolu d'interdire et de réglementer l'expression dans toutes ses propriétés », l'objectif de la liberté d'expression — permettre aux citoyens de faire part de leurs opinions et de leurs valeurs à autrui — serait « contrecarré » (*Comité pour la République du Canada* [1991], à la p 230). Elle a également qualifié d'extrême la position selon laquelle tout refus de donner accès à une propriété gouvernementale aux fins de communication porte atteinte à la liberté d'expression et doit être justifié au regard de l'article premier de la Charte, et elle a rejeté cette position. Elle était d'avis que les objectifs de la liberté d'expression ne justifiaient pas « l'attribution à la population du droit constitutionnel de s'exprimer publiquement dans toute propriété publique, peu importe son utilisation et sa fonction » (*Comité pour la République du Canada* [1991], à la p 231). La juge McLachlin a déclaré que, dans les affaires d'accès, l'analyse de la cour devrait « être axée sur la question de savoir dans quelles circonstances, de façon générale, le droit à l'expression dans une propriété gouvernementale est en cause » (*Comité pour la République du Canada* [1991], à la p 237). À son avis, la restriction par l'État de l'accès à une propriété aux fins de communication ne constitue pas une violation de l'alinéa 2b) s'il est établi que les communications dans cette propriété ne visent pas à promouvoir les valeurs sous-tendant la liberté d'expression. Par contre, si la cour conclut que l'accès à une propriété aux fins de communication permettra de promouvoir les valeurs sous-tendant la liberté d'expression, la restriction des communications dans cette propriété

constituera alors une violation de l'alinéa 2b) et la cour devra ensuite se demander si, au regard de l'article premier, l'État a d'autres motifs pour justifier la restriction de l'expression. La juge McLachlin a conclu que les aires libres de l'aéroport constituaient un forum public.

Selon la juge McLachlin, l'accès aux fins de communication à certaines propriétés de l'État, comme les cellules de prison, les cabinets privés de juge, les bureaux privés du gouvernement et les installations publiques de radiodiffusion, ne favorise pas la promotion des valeurs que sont la démocratie, la vérité et l'autonomie qui sous-tendent la protection constitutionnelle de la liberté d'expression : « Ce ne sont pas des lieux de débat public ayant pour but de promouvoir la vérité ou une meilleure compréhension des questions sociales et politiques. Dans ces lieux, l'expression n'est pas non plus liée à la société ouverte et accueillante, essentielle à la maximalisation de l'enrichissement et de l'épanouissement personnels » (*Comité pour la République du Canada* [1991], à la p 241). La restriction de l'accès à une propriété *privée* de l'État aux fins de communication ne constitue pas une violation de l'alinéa 2b) et ne nécessite donc pas une justification sous le régime de l'article premier. Toutefois, la juge McLachlin était d'avis que l'on satisfait aux objectifs de la garantie de liberté d'expression si l'on protège l'expression dans les forums publics, tels que les rues et les parcs, qui « par tradition ou désignation, ont été consacrés à l'expression publique » (*Comité pour la République du Canada* [1991], à la p 241). L'utilisation de ces lieux à des fins d'expression politique, sociale ou artistique « semblerait nettement liée aux valeurs qui sous-tendent la garantie de liberté de parole » (*Comité pour la République du Canada* [1991], à la p 242). La restriction de l'accès à un forum public aux fins de communication constitue une violation de l'alinéa 2b) et nécessite donc une justification sous le régime de l'article premier¹⁴.

Dans l'arrêt *Montréal (Ville)* [2005], la juge McLachlin (alors juge en chef) et la juge Deschamps ont également appliqué une autre version de la théorie du forum public. Par contre, dans cet arrêt, la juge McLachlin s'exprimait au nom de la majorité. L'affaire concernait une accusation qui avait été portée contre un club de danseuses érotiques en vertu d'un règlement municipal prohibant l'émission de bruit dans la rue au moyen d'appareils sonores. Lorsqu'ils se sont penchés sur la question de l'accès à une propriété de l'État, les juges majoritaires ont quelque peu modifié le deuxième volet du critère qui avait précédemment été établi dans l'arrêt *Irwin Toy* [1989] pour déterminer s'il y a eu violation de l'alinéa 2b). Selon le premier volet de ce critère, la Cour devait d'abord se demander si l'acte en cause – le bruit émis dans la rue par le club de danseuses érotiques – avait un « contenu expressif ». Par la suite, elle devait se demander si « le lieu ou le mode » d'expression avait pour effet d'écartier la protection dont bénéficiait cet acte. Dans sa version originale, telle qu'elle est énoncée dans l'arrêt *Irwin Toy* [1989], ce deuxième volet du critère excluait de la portée de l'alinéa 2b) toute forme d'expression violente. Dans l'arrêt *Irwin Toy* [1989], la Cour a reconnu que,

¹⁴ Dans l'arrêt *Ramsden* [1993], qui a été rendu peu de temps après l'arrêt *Comité pour la République du Canada* [1991], la Cour suprême du Canada a déclaré que l'interdiction municipale de poser des affiches sur des poteaux électriques enfreignait la Charte, quel que soit le critère énoncé dans l'arrêt *Comité pour la République du Canada* [1991] qui s'applique.

d'après la vaste définition qu'elle avait donnée au terme « expression » au premier volet du critère, les actes de violence, dont les actes de terrorisme, pourraient être visés par la protection de ce droit, et elle a donc décidé d'établir une exclusion pour ce type d'actes. Dans l'arrêt *Montréal (Ville)* [2005], en plus de cette exclusion applicable aux actes de violence, la Cour a établi une exclusion applicable à l'expression dans certains endroits. Les juges majoritaires ont fait valoir que, à l'instar de certains modes d'expression qui ne méritent pas de bénéficier de la protection prévue à l'alinéa 2b) parce qu'ils ne favorisent pas les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression, la communication dans certains endroits ne devrait pas non plus bénéficier de cette protection, car elle ne vise pas à faire la promotion de ces valeurs.

Dans l'arrêt *Montréal (Ville)* [2005], les juges majoritaires étaient d'avis que, dans toutes les affaires mettant en cause l'accès à une propriété de l'État aux fins de communication, la question centrale est de savoir si le fait de pouvoir s'exprimer librement dans une propriété en particulier minera les valeurs sous-jacentes à la garantie de liberté d'expression que sont la vérité, la démocratie et l'épanouissement personnel. Pour trancher cette question, la cour doit tenir compte de « la fonction historique ou réelle de l'endroit » (*Montréal (Ville)* [2005], au para 74). L'accès aux propriétés de l'État qui sont ouvertes au public depuis longtemps sera habituellement protégé en vertu de l'alinéa 2b), car l'expression dans ce type de lieux favorisera le respect des valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression. La cour doit également tenir compte de la fonction réelle d'une propriété de l'État. Pour ce faire, elle doit se demander s'il s'agit d'un endroit « essentiellement privé » quant aux activités qui y sont menées ou s'il s'agit plutôt d'un endroit public, c'est-à-dire qu'elle doit se demander si « [s]a fonction — l'activité qui s'y déroule — [est] compatible avec la libre expression publique » (*Montréal (Ville)* [2005], au para 76). Les juges majoritaires ont fait observer que « [d]e nombreuses fonctions de l'administration publique, des réunions du Cabinet au simple travail de bureau, nécessitent un certain isolement », et que l'élargissement du droit à la liberté d'expression à de tels lieux « pourrait bien compromettre la démocratie et l'efficacité de la gouvernance » (*Montréal (Ville)* [2005], au para 76). Ce critère comporte un « mécanisme qui perme[t] d'écarter d'emblée certains endroits », lequel mécanisme prévoit que certains endroits entrent dans le champ de protection de l'alinéa 2b) et que d'autres en sont exclus. Ainsi, les gens sont capables de « savoir où ils peuvent ou non s'exprimer » (*Montréal (Ville)* [2005], au para 79). Cela veut également dire que les gouvernements « ne doivent pas être tenus de justifier, conformément à l'article premier, chaque exclusion ou réglementation de l'expression » (*Montréal (Ville)* [2005], au para 79). Dans l'arrêt *Montréal (Ville)* [2005], les juges majoritaires ont conclu que les rues sont des lieux publics « où diverses formes d'expression sont acceptées depuis longtemps » (*Montréal (Ville)* [2005], au para 81). Ils ont également conclu que rien n'indiquait que, s'il était autorisé, ce mode d'expression « menacerait les valeurs qui sous-tendent [l'alinéa 2b\)](#) » (*Montréal (Ville)* [2005], au para 81). Toutefois, ils ont ensuite déclaré que la restriction imposée par le règlement municipal était justifiée au sens de l'article premier.

S'appuyant sur une appréciation de la valeur sous-jacente à la liberté d'expression qu'est l'accès à différentes propriétés de l'État, les juges McLachlin et Deschamps ont

affirmé qu'une distinction pouvait être faite entre les forums publics et les forums privés. Il se peut que dans plusieurs cas, voire la majorité d'entre eux, l'accès aux fins de communication à des bureaux privés du gouvernement et à des propriétés de l'État similaires ne suscite pas une réflexion ou un débat et n'ait pour effet que d'entraver l'utilisation que fait l'État de sa propriété. Cependant, dans tous les cas, on ne peut pas exclure la possibilité que la communication à l'intérieur de l'une de ces propriétés favorise le respect des valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression, surtout si l'on reconnaît que toute communication mérite d'être protégée même si elle dérange ou suscite la confrontation d'idées. Un manifestant pourra s'accomplir personnellement si, par exemple, il arrive à entrer dans le bureau du premier ministre et à parler à ce dernier ou à lancer des appels aux passants depuis la fenêtre de ce bureau, et ce, même si ces actes portent atteinte à d'autres intérêts importants. Contrairement à ce qu'ont affirmé les juges majoritaires, la classification des propriétés dans la catégorie de forums publics ou de forums privés ne repose donc pas sur une appréciation des avantages qu'a l'accès aux fins de communication pour la promotion des valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression (une norme qui, de toute façon, est imprécise), mais plutôt sur une appréciation quant à la compatibilité générale qui existe entre l'expression et l'usage que fait l'État de la propriété. Si une propriété est classée dans la catégorie de forum privé (c'est-à-dire si elle n'est habituellement pas ouverte au public ou si l'expression dans ce lieu est généralement incompatible avec son utilisation), toutes les formes d'expression seront alors exclues de la protection de la Charte, même celles qui pourraient ne pas perturber considérablement l'utilisation que fait l'État de cette propriété.

Dans les affaires *Comité pour la République du Canada* [1991] et *Montréal (Ville)* [2005], la Cour a reconnu que de graves obstacles entraveraient les débats sur les questions d'intérêt public si les particuliers n'avaient pas le droit de communiquer sur les propriétés de l'État et a donc rejeté l'argument selon lequel les propriétés de l'État sont exclues de la portée d'une analyse fondée sur la Charte et sont protégées contre toute demande d'accès. Néanmoins, la Cour n'était pas disposée à traiter le refus d'accorder l'accès à une propriété de l'État aux fins de communication comme une simple restriction de l'expression qui constitue une violation de la Charte, sauf si cette restriction vise la promotion d'un intérêt public important. La Cour a plutôt déclaré que l'*utilisation* que fait l'État d'une propriété est plus importante que l'accès aux fins de communication que peut avoir un particulier à cette propriété. Dans chacune de ces affaires, au lieu de se demander si la demande d'accès d'un particulier est compatible avec l'utilisation que fait l'État de la propriété, la Cour a tiré une conclusion préliminaire générale concernant la disponibilité ou l'accessibilité de la propriété à des fins de communication publique. Si une propriété est classée dans la catégorie de forum public, l'accès à celle-ci aux fins de communication sera protégé, même si cela peut parfois nuire à son utilisation habituelle ou subsidiaire. Les particuliers devraient être libres de communiquer sur la propriété, à moins que leur discours n'enfreigne une autre norme juridique ou doive être réglementé pour permettre d'autres utilisations de la propriété, notamment pour permettre à d'autres personnes de s'y exprimer. Par contre, si la propriété est considérée comme un forum privé, l'État peut interdire tout accès aux fins de communication à cette propriété sans devoir fournir une justification supplémentaire,

car l'accès à la propriété aux fins de communication est généralement incompatible avec l'utilisation qu'en fait l'État.

Les forums publics ne sont pas assortis de paramètres clairs et bien établis. La définition que donne une cour de justice à la forme ou à la portée d'un forum public ou d'une propriété privée en particulier dépendra sans aucun doute de sa compréhension des options possibles. Une propriété gouvernementale privée peut être étroitement définie et être dissociée d'un forum plus vaste – par exemple, un cabinet de juge au lieu d'un tribunal (*CBC* [2011]). De plus, l'accès à une propriété est parfois si important que l'État devrait y permettre la communication même si cela compromet l'utilisation qu'il fait de la propriété. Parfois, il n'y a aucun autre lieu pour communiquer un message en particulier. Bien que la nécessité d'assurer la sécurité au sein d'une prison, par exemple, justifie l'application d'une restriction à la plupart des demandes d'accès, le rejet de toutes les demandes d'accès empêchera la réalisation d'une enquête sérieuse sur le système carcéral par la presse ou des représentants de groupes d'intérêt public¹⁵.

Dans l'affaire *Greater Vancouver Transportation Authority* [2009], les commissions de transport de la Ville louaient l'espace publicitaire sur les côtés extérieurs de leurs véhicules de transport en commun. Toutefois, selon leur politique de longue date, la publicité commerciale était autorisée, mais pas la publicité politique. La Fédération canadienne des étudiantes et étudiants et la British Columbia Teacher's Federation, qui souhaitaient toutes deux afficher des messages publicitaires sur les côtés des véhicules de transport en commun en vue d'une élection provinciale, ont contesté cette politique. Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada a conclu que les véhicules de transport en commun de la Ville constituaient des forums publics où les gens pouvaient interagir entre eux (*Greater Vancouver Transportation Authority* [2009], au para 43). D'après la Cour, la question importante était « de savoir si la fonction historique ou réelle [...] de l'espace ou du lieu est incompatible avec l'expression ou permet de conclure que l'expression dans cet espace ou dans ce lieu minerait les valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression » (*Greater Vancouver Transportation Authority* [2009], au para 42). Il est certes vrai que les autobus ne sont pas utilisés pour afficher de la publicité « depuis aussi longtemps que la voie publique, le[s] poteau[x] électrique[s] et la place publique », mais ils ont été utilisés à cette fin à Vancouver et ailleurs et ils continueront de l'être (*Greater Vancouver Transportation Authority* [2009], au para 42). Par conséquent, la Cour a conclu que cette activité expressive « ne nuit pas à la fonction première de l'autobus — le transport en commun — et, ce qui importe encore plus, qu'elle ne mine pas les valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression » (*Greater Vancouver Transportation Authority* [2009], au para 42). La Cour a ensuite conclu que

¹⁵ La juge McLachlin (alors juge en chef) et la juge Deschamps ont fait la remarque suivante au paragraphe 78 de l'arrêt *Montréal (Ville)* [2005] : « [N]ous devons accepter qu'une certaine imprécision demeure inévitable quant à l'épineuse question de savoir si la liberté d'expression est protégée dans un lieu donné. [...] [I]l est impossible de tracer avec précision une ligne de démarcation entre le public et le privé qui permettrait de solutionner à l'avance toutes les situations possibles ».

l'exclusion de la publicité politique sur les côtés des véhicules de transport en commun constituait une violation de l'alinéa 2b) et n'était pas justifiée au regard de l'article premier. La Cour a rejeté les arguments des commissions de transport selon lesquels les passagers sont un auditoire captif et les commissions de transport pourraient être associées aux messages affichés sur les autobus, en particulier parce que « la liberté d'expression politique [...] est au cœur de la protection prévue à l'al. 2b) » (*Greater Vancouver Transportation Authority* [2009], au para 80). Les commissions de transport pouvaient certes décider d'arrêter de louer l'espace publicitaire sur leurs véhicules afin que leurs propriétés ne constituent plus des forums publics, mais, si elles continuaient cette pratique, elles ne pourraient alors pas exclure l'accès à leur propriété à certaines personnes en raison du contenu de leurs messages¹⁶ .

Les manifestations publiques et la prise de parole dans les rues

Les manifestations publiques

Bien que les rassemblements publics bénéficient de la protection prévue à l'alinéa 2c) de la Charte, qui garantit le droit à la liberté de réunion pacifique, les affaires concernant des manifestations ou des rassemblements sont souvent examinées sous le régime de l'alinéa 2b) comme des affaires portant sur des questions de liberté d'expression. Il est d'ailleurs question du champ d'application de l'alinéa 2c) dans le document d'information rédigé par la professeure Jamie Cameron.

Les diverses formes d'expression dans les rues, telles que les manifestations publiques et la distribution de dépliants, étaient autrefois considérées comme une solution de rechange importante à la communication de messages dans les médias grand public et les médias établis. À une autre époque, en raison de la concentration de la propriété des médias, et du fait que la publicité constituait la principale source de revenus des journaux et des radiodiffuseurs, il arrivait souvent que des points de vue essentiels ne puissent pas être diffusés sur ces forums. Les rues étaient souvent la seule tribune accessible aux personnes qui n'avaient pas les ressources ou les contacts nécessaires pour accéder aux médias grand public.

Le paysage de la communication a toutefois changé radicalement depuis que les tribunaux ont mis de l'avant pour la première fois le droit d'accès des particuliers aux médias imprimés auxquels avaient accès les personnes de moins bonne fortune. L'émergence d'Internet, qui est un important véhicule pour exprimer des idées et communiquer de l'information, semblait avoir dissipé les préoccupations qui existaient à l'égard de la concentration des médias et de l'accès inégal à des possibilités de communication. Cependant, en dépit de l'ascension de nouveaux médias, la fréquence des manifestations publiques et de la distribution de dépliants demeure inchangée et s'est peut-être même accentuée. L'attrait que continue de susciter la prise de parole

¹⁶ Aux États-Unis, ces espaces sont appelés des [TRADUCTION] « forums publics désignés » par les tribunaux et constituent des forums créés par l'État où il est possible de s'exprimer.

dans les rues peut en fait témoigner d'un désir de créer un espace commun au sein duquel la mobilisation du public (et l'expression d'opinions politiques) est possible. La fragmentation du discours public, qui a été accélérée par l'ascension de nouveaux médias, a entraîné la disparition des débats publics communs et du corpus d'information commun sur lesquels les membres de la collectivité pouvaient s'appuyer lorsqu'ils discutaient d'actions collectives et prenaient des décisions à cet égard. Comme la prise de parole dans les rues s'effectue dans des espaces accessibles au public, on pourrait croire que le message véhiculé sera communiqué au grand public. De plus, bien qu'il soit possible de surmonter l'éloignement géographique grâce à Internet, les manifestations dans un lieu public permettent quant à elles de combler l'éloignement physique et émotionnel en rassemblant des personnes, en leur donnant un sentiment de présence et en leur donnant l'occasion d'entrer en contact avec d'autres gens, ce que ne permettent pas de faire les autres formes de médias de communication (Castells [2015], à la p 10). Contrairement à la communication sur Internet, qui a un caractère immatériel, impersonnel et passif, la prise de parole dans les rues se veut un mode de communication actif et concret. De plus, les manifestations dans les rues peuvent également être un moyen de mettre de l'avant le fort appui que l'on réserve à une position.

Les manifestations dans les rues visent souvent à inciter la remise en question plutôt qu'à exprimer simplement des opinions qui vont dans le même sens que les discours politiques dominants. L'objectif des manifestations est de confronter autrui ou d'attirer l'attention en perturbant la vie quotidienne des citoyens ou l'utilisation normale des lieux publics. Dans l'arrêt *Bracken* [2017], la Cour d'appel de l'Ontario a souligné qu'une [TRADUCTION] « manifestation ne perd pas son caractère pacifique simplement parce que les manifestants s'expriment haut et fort » (*Bracken* [2017], au para 51). Dans cette affaire, un protestant s'est placé à l'entrée de l'hôtel de ville et a utilisé un mégaphone pour communiquer son message. Dans l'arrêt *Fleming* [2019], la Cour suprême du Canada a confirmé que la police ne pouvait pas empêcher un individu de s'exprimer légalement parce que cette expression « pourrait provoquer ou fâcher autrui » (*Fleming* 2019, au para 66).

Les manifestations constituent non seulement un acte de solidarité et une occasion pour des personnes partageant le même point de vue de se regrouper, mais aussi un acte collectif d'expression. Leurs objectifs sont de mettre de l'avant une position, de mobiliser un vaste public et de stimuler les débats publics. Elles ont rarement pour public cible ou public cible ultime les passants, ou les politiciens et les dirigeants d'entreprise, qui peuvent faire l'objet d'une manifestation, mais qui sont habituellement protégés des manifestants, avec lesquels ils n'ont pas de contact direct. En dépit de son caractère « public » apparent, la prise de parole dans les rues est peu susceptible de toucher un grand public cible, à moins qu'elle fasse l'objet de reportages dans les médias traditionnels ou les médias grand public et qu'elle bénéficie d'une importante exposition sur les médias sociaux.

Le caractère actif ou concret d'une manifestation contribue souvent à la simplicité et à la limpidité du message que l'on cherche à véhiculer. Une marche dans les rues peut

être un moyen de communiquer des émotions ou des sentiments, mais elle ne peut pas en soi être utilisée pour communiquer une opinion politique éclairée et approfondie. Pour cette raison, les manifestations dans les rues sont parfois décrites comme un mode d'action plutôt qu'un mode d'expression – ou comme une manifestation physique plutôt qu'une mobilisation décalquée (*Dupond* [1978]). Cependant, même si les manifestations ne sont pas un moyen efficace de communiquer des idées ou des opinions concernant des questions de politique publique sur des enjeux complexes, elles peuvent attirer l'attention sur une préoccupation ou un enjeu auquel les médias grand public ne se sont pas intéressés. Elles ouvrent également d'autres possibilités d'expression, notamment par l'intermédiaire d'interviews dans les médias et de reportages au sujet de la plateforme ou des demandes du groupe de manifestants. La communication en ligne et les manifestations dans les rues ne sont pas simplement d'autres modes de protestation, mais servent plutôt de complément à la plupart des mouvements de protestation actuels. Les manifestations dans les rues sont organisées et annoncées et elles font l'objet d'une couverture en ligne.

En raison de leur caractère physique et collectif, les manifestations peuvent causer du désordre public. En effet, les manifestations publiques sont souvent de grande envergure ou sont un moyen d'expression efficace justement parce qu'elles suscitent la confrontation d'idées et peuvent causer du désordre. Comme les manifestations perturbent invariablement les autres utilisations *normales* des propriétés, les administrations municipales (et les tribunaux) doivent décider comment concilier ce mode d'expression et les intérêts contradictoires en matière de sécurité. Les manifestations de petits groupes de personnes dans les parcs ou sur des coins de rue sont peu susceptibles de perturber considérablement les autres utilisations de ces espaces. Par contre, les manifestations de plus grande envergure peuvent perturber considérablement d'autres intérêts, même si ce n'est que temporairement. Pour cette raison, le moment et l'endroit où doivent se tenir ces rassemblements font souvent l'objet de négociations entre les organisateurs de ces activités et les autorités municipales. Les manifestants pourraient devoir donner un préavis ou obtenir un permis avant de se rassembler en grands groupes pour manifester dans les rues. Dans certains cas, les autorités ont tenté de restreindre certaines manifestations à des lieux de manifestation « désignés » ou à des « zones d'expression libre ». Cette façon de faire est de plus en plus utilisée pour contrôler les manifestations et réduire au minimum les perturbations qu'elles peuvent causer, en particulier lorsque les manifestants ont l'intention de perturber des réunions politiques à grande visibilité. À moins que les autorités refusent d'accorder une permission de manifester sans motif valable, ou que les conditions associées à une telle permission soient déraisonnablement contraignantes (par exemple, si les autorités exigent que les manifestants ne se tiennent pas à la vue du public ou si elles souhaitent restreindre le public cible potentiel de ce mode d'expression), il est peu probable que les tribunaux interviennent. Ces arrangements pratiques, ainsi que le maintien de l'ordre durant les manifestations, sont examinés dans le document d'information rédigé par le professeur Robert Diab.

Campements de manifestants

Le mouvement Occupy, qui a commencé en 2011 par une manifestation au parc Zuccotti à New York, s'est rapidement répandu dans le monde entier, y compris au Canada. Ce mouvement visait à protester contre la crise financière qui sévissait dans le monde depuis plusieurs années. Au départ, les manifestants s'insurgeaient contre les transactions douteuses de grandes institutions financières qui étaient à l'origine de la crise, le défaut des gouvernements de tenir ces institutions responsables de leurs actes, ainsi que la manière injuste dont les coûts de la crise se répercutaient sur les citoyens les moins nantis. Le mouvement Occupy est toutefois devenu un mouvement général de protestation contre l'augmentation de l'écart de richesse aux États-Unis et ailleurs, soit entre 1 % des membres de la société et le reste de la population. Au fil du temps, le message véhiculé par le mouvement Occupy s'est quelque peu modifié. Des campements ont alors été établis afin de servir de modèle d'une société plus démocratique et plus durable.

Étant donné que les campements du mouvement Occupy au Canada étaient situés dans des espaces qui constituaient des forums publics, comme le parc St. James à Toronto, les manifestants avaient le droit de protester dans ces lieux. La mesure dans laquelle ces campements perturbaient les autres utilisations « normales » des propriétés a au bout du compte mené au démantèlement des campements à Toronto et ailleurs. L'argument retenu par les tribunaux canadiens était que ces campements empêchaient les autres citoyens d'utiliser les propriétés où ils se trouvaient, parce que des structures fixes avaient été mises en place et occupaient de grandes sections de ces espaces publics et on ignorait quelle serait la durée de l'occupation de ces lieux¹⁷.

Dans l'arrêt *Batty* [2011], le juge Brown de la Cour supérieure de justice de l'Ontario a maintenu l'avis d'interdiction d'entrer délivré par la Ville de Toronto, qui exigeait l'enlèvement des structures, de l'équipement et des débris dans le parc qu'occupaient les manifestants. Le juge Brown a reconnu qu'une partie du message que souhaitent transmettre les manifestants était [TRADUCTION] « qu'il est à la fois possible et nécessaire d'ériger une structure communautaire qui est différente de celle qui existe dans la plupart des sphères de notre société » (*Batty* [2011], au para 108)¹⁸. Cependant, il était d'avis que la Charte ne conférait pas aux manifestants le droit de [TRADUCTION] « s'approprier pour leur propre usage une grande partie d'un espace

¹⁷ Dans l'arrêt *Zhang* [2010], la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que le panneau d'affichage et la hutte de méditation qui avaient été érigés sur le côté de la rue par des adeptes du Falun Gong en guise de protestation contre le traitement que réservait le gouvernement chinois aux membres de ce groupe constituaient une forme d'expression protégée par l'alinéa 2b) de la Charte. La Cour a ensuite conclu que le règlement municipal de la Ville de Vancouver qui interdisait l'érection de structures le long des rues sans l'obtention préalable de la permission de la Ville avait une portée excessive, car il n'énonçait pas son objet et n'établissait pas la procédure à suivre pour obtenir un permis et les lignes directrices qu'il fallait respecter. Dans l'arrêt *Zhang* [2014], la version modifiée de ce règlement municipal a été jugée constitutionnelle. Des lignes directrices précises y étaient énoncées en ce qui a trait à l'érection de structures dans le cadre d'une manifestation politique.

¹⁸ À l'issue des autres actions en justice qui ont été intentées, les campements du mouvement Occupy dans d'autres villes, comme Calgary, Victoria et Vancouver, ont aussi été démantelés.

public commun pendant une période indéterminée sans d'abord demander l'avis de leurs concitoyens » (*Batty* [2011], au para 12). Il a également fait remarquer que l'interdiction d'entrer ne limitait que la forme et la portée de la manifestation et qu'elle n'empêcherait pas les manifestants de passer jusqu'à 18 heures par jour au parc pour continuer de manifester.

Tant qu'elles ne sont pas démantelées, les structures fixes érigées dans des espaces publics empêchent d'autres personnes d'utiliser ces espaces ou d'y pratiquer d'autres activités. Il n'est pas facile de trancher la question de savoir comment différentes personnes devraient se partager ces espaces et les utiliser à diverses fins, ce qui rappelle que la réglementation des manifestations prévoit des solutions de remplacement pratiques visant à concilier les utilisations concurrentes d'un espace public. Cependant, dans l'arrêt *Batty* [2011], pour en arriver à la conclusion que l'interdiction d'entrer devait être maintenue, le juge Brown semble avoir accordé beaucoup de poids aux intérêts commerciaux et à la dégradation esthétique du quartier. À son avis, les activités politiques exceptionnelles qui étaient menées dans la propriété ne devaient pas en altérer l'utilisation normale ou principale, soit l'usage à des fins personnelles récréatives, et ce, quelle que soit la durée pendant laquelle la propriété était utilisée à cette fin. Bon nombre des résidents qui se sont plaints des campements ont affirmé qu'ils se sentaient mal à l'aise de se balader dans le parc avec des amis ou d'y promener leur chien. De plus, de nombreux propriétaires de boutiques du quartier se sont plaints du fait que leur chiffre d'affaires avait diminué parce que les clients potentiels évitaient de fréquenter le quartier.

Dans l'arrêt *Weisfeld* [1994], qui a été rendu quelques années après l'arrêt *Comité pour la République du Canada* [1991], la Cour s'est intéressée à un « camp de la paix » qui avait été érigé sur la Colline du Parlement par un groupe de manifestants pour protester contre l'essai de missiles de croisière au Canada. Les manifestants avaient d'abord monté des tentes, puis un abri de fortune, et ils avaient installé une table sur laquelle ils avaient placé des dépliants et une pétition. Un avis en vertu de la loi provinciale sur l'entrée sans autorisation leur avait au bout du compte été signifié, et, conformément à cet avis, ils devaient démanteler le camp. Comme ils avaient refusé d'obtempérer, des agents de la Gendarmerie royale du Canada sont intervenus et ont démantelé les tentes et les structures du camp et ont arrêté l'un des manifestants, qui refusait de quitter son abri. Peu de temps après l'intervention des agents de la Gendarmerie royale du Canada, le *Règlement concernant les actes nuisibles sur des ouvrages publics* a été modifié afin d'interdire la construction, l'utilisation ou l'occupation d'une structure sur les terrains du Parlement sans l'autorisation du ministre. La Cour d'appel fédérale a rejeté l'argument des manifestants selon lequel l'enlèvement des tentes et des structures suivant la loi sur l'entrée sans autorisation, ainsi que l'interdiction applicable aux structures prévue dans la version modifiée du Règlement, était inconstitutionnel. Le juge Linden a conclu que, même si ces mesures de restriction constituaient une violation de l'alinéa 2b), elles étaient néanmoins justifiées au regard de l'article premier. Il était également d'avis qu'en plus des « questions liées à la sûreté, à la santé, à l'entretien et à la sécurité », le gouvernement se préoccupait aussi légitimement de « préserver la beauté de la [C]olline du Parlement », qui est un « symbole puissant au

Canada » et qui représente notre « tradition démocratique ».

Les auditoires captifs

Dans une société où les communications autres que celles avec les membres de sa famille, ses amis et ses collègues sont, pour la plupart, diffusées sur divers médias (que ce soit par l'intermédiaire de la presse électronique, de la presse écrite et d'Internet), l'écoute constitue généralement un choix. La capacité qu'ont les individus de choisir de ne pas participer à des conversations en ligne ou de ne pas lire de l'information ou y accéder à partir de certaines sources a donné lieu à la création de « chambres d'écho » dans lesquelles les gens sont exposés à un très petit éventail de points de vue. Même si les individus choisissent de ne pas lire ou écouter les opinions avec lesquelles ils ne sont pas d'accord, ils ne sont pas obligés de réagir au message que l'on souhaite transmettre ni de nouer le dialogue de quelque façon que ce soit avec son auteur, parce que la communication est diffusée dans les médias.

Par contre, dans les espaces publics, comme les rues, les individus pourraient être directement exposés à des messages avec lesquels ils sont en désaccord, ou encore être mis en présence de tels messages. Comme il a été mentionné précédemment, les tribunaux se sont montrés disposés à maintenir les restrictions sur les propos assimilables à du harcèlement, parce qu'ils s'adressent à des personnes ou à des groupes en particulier, qu'ils sont souvent persistants et qu'ils visent à dénigrer ou à humilier. Qui plus est, les tribunaux étaient également disposés à maintenir, dans des circonstances exceptionnelles, les restrictions de la liberté de parole visant à protéger les « auditoires captifs » des discours offensants prononcés dans des lieux publics, et ce, même lorsque ces discours ne s'adressent pas à des personnes en particulier.

Les restrictions visant à protéger les auditoires captifs constituent un deuxième niveau de censure. Même si une forme d'expression ou le contenu d'une expression en particulier n'est pas préjudiciable d'une manière qui justifierait l'application d'une restriction générale, si l'on juge le message offensant ou inadmissible, l'endroit où il est communiqué pourrait alors être réglementé afin d'empêcher les auditoires d'y être exposés. Lorsqu'ils sont appelés à trancher une demande d'un auditoire captif, les tribunaux doivent d'abord se demander à quel point il est facile, ou difficile, pour un auditoire réticent d'éviter d'être exposé à la communication. Ils doivent ensuite se demander si la communication est offensante ou inadmissible à un point tel qu'un auditoire réticent devrait être protégé contre l'exposition à ce type de message. Il n'est pas facile de trancher la question de savoir dans quelle mesure l'exposition à la communication doit être directe pour que l'auditoire soit considéré comme un auditoire « captif ». Qui plus est, les tribunaux n'ont aucun moyen simple ou objectif de décider si un discours est offensant ou inadmissible à un point tel qu'un auditoire captif doit être protégé contre l'exposition à ce type de communication. Une telle conclusion ne peut reposer simplement sur l'affirmation d'une personne selon laquelle elle est choquée par le discours en question. Elle doit plutôt reposer sur des normes traditionnelles ou

communautaires de légitimité et de décence, qui peuvent varier et peuvent être contestées (*Greater Vancouver Transportation Authority* [2009], au para 77).

La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Labaye* [2005], a déclaré que les personnes ont le droit de ne pas être exposées à des images sexuellement explicites qu'elles jugent offensantes ou inappropriées. De l'avis de la Cour, les personnes devraient être libres « de vivre dans un environnement exempt d'une conduite qui les offense profondément » (*Labaye* [2005], au para 40). La Cour décrit le préjudice qui résulte de l'exposition du public à « une conduite inacceptable et inappropriée » comme étant « une perte d'autonomie et de liberté causée par l'indécence publique à des membres de la société qui ne veulent pas être exposés à des actes qu'ils jugent offensants et inacceptables » (*Labaye* [2005], au para 40). Toutefois, les jugements relatifs à la décence reposent nécessairement sur des normes de bienséance traditionnelles. Bien qu'une majorité de personnes de la communauté puissent être offensées par certaines images et vouloir qu'elles ne soient pas montrées, d'autres peuvent ne pas s'en offusquer.

Plusieurs provinces canadiennes se sont dotées de lois établissant des bulles ou des zones tampons autour des cliniques d'avortement. À titre d'exemple, l'*Access to Abortion Act*, en Colombie-Britannique, prévoit la création de zones d'accès autour des cliniques d'avortement, ainsi que des bureaux et des résidences des médecins qui pratiquent des avortements¹⁹. Ces zones, créées dans des lieux qui sont autrement publics, visent à exclure les manifestants du voisinage immédiat des cliniques, et à garantir que les employés et les patientes puissent accéder librement à celles-ci. Dans l'arrêt *Spratt* (2008), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a soutenu que l'*Access to Abortion Act* imposait une restriction raisonnable des droits à la liberté d'expression des militants anti-avortement. De l'avis de la Cour d'appel, cette loi visait à garantir [TRADUCTION] « un accès égal aux services d'avortement », à mieux protéger « la vie privée et la dignité des femmes qui ont recours à de tels services » et à améliorer « la sécurité des fournisseurs de services » (*Spratt* [2008], au para 71). La Cour d'appel a estimé que [TRADUCTION] « les femmes qui entrent dans une clinique ne devraient pas être exposées contre leur gré au message que les militants souhaitent communiquer » (*Spratt* [2008], au para 82). La zone tampon établie par l'application de l'*Access to Abortion Act* [TRADUCTION] « installe une distance entre les employés et les patientes d'une part et les militants d'autre part, et protège les employés et les patientes contre les menaces physiques et le choc émotionnel provoqué par les gestes de ces derniers et l'exposition à la dureté de leur message » (*Spratt* [2008], para 76). La Cour d'appel a également jugé qu'étant donné que [TRADUCTION] « la ligne entre, d'un côté, une manifestation pacifique et, de l'autre, un message virulent, voire violent, contre l'avortement peut être facilement et rapidement franchie [...], une règle claire contre toute interférence » est le meilleur moyen de réaliser l'objectif de la loi (*Spratt* [2008], au para 80). Là où l'objet de la loi est de garantir un libre accès, il n'est pas pratique d'exiger des autorités qu'elles rendent une décision au sujet [TRADUCTION] « de chaque fois où une femme qui entre dans la clinique est approchée par personne » (*Spratt*

¹⁹ Autour des cliniques, la zone d'exclusion peut atteindre 50 mètres; elle peut aller jusqu'à 160 mètres autour des résidences des fournisseurs de services.

[2008], au para 80).

Dans l'arrêt *Spratt* (2008), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'était fondée sur l'affaire *Dieleman* (1994), entendue devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario. Dans cette décision, le juge avait conclu que lorsqu'est prononcée une injonction visant à interdire des manifestations dans le voisinage immédiat de plusieurs cliniques d'avortement, la liberté d'expression [TRADUCTION] « ne compren[ait] pas le droit à ce que son message soit entendu » (*Dieleman*, [1994], à la p 723). Le juge a estimé qu'une [TRADUCTION] « justification importante pour permettre à des gens de s'exprimer librement est que ceux pour qui le message est offensant puissent simplement "détourner le regard" ou s'en aller. Si ce n'est pas possible, alors l'une des hypothèses fondamentales à l'appui de la liberté d'expression est remise en question » (*Dieleman* [1994], à la p 724).

Cependant, s'il est entendu que les membres de l'auditoire ne devraient pas être obligés de s'arrêter, puis d'écouter ce qu'un orateur dit, ils n'ont pas non plus le droit d'exiger que la sphère publique soit organisée de telle manière qu'ils ne soient pas exposés à des messages qu'ils préféreraient ne pas entendre. Les allégations relatives à l'auditoire contraint ne devraient être retenues que si une personne est directement exposée à des propos offensants ou intrusifs, selon les normes traditionnelles de vie privée et de décence. Les mesures visant à nous protéger de propos qui nous déplaisent devraient être exceptionnelles. Autrement, la sphère publique risque de se transformer en une tribune qui ne servirait qu'à des fins personnelles ou commerciales²⁰.

La désinformation et le défi de la liberté d'expression

Le mensonge et l'affaire *Zundel*

Dans l'affaire *Zundel* (1992), un auteur et un éditeur de premier plan d'ouvrages niant l'Holocauste a été poursuivi en application de l'article 181 du *Code criminel*, qui interdit la publication volontaire « [d']une déclaration, une histoire ou une nouvelle [que l'éditeur] sait fausse et qui cause, ou est de nature à causer, une atteinte ou du tort à quelque intérêt ». Cet article figurait dans la première version du *Code criminel*, en 1892. La disposition qui prévoyait l'infraction consistant à diffuser de « fausses nouvelles » a été introduite en Angleterre en 1275 (elle a toutefois été abolie en 1887) et visait à protéger la noblesse contre les attaques mensongères. L'action contre *Zundel* a été intentée en vertu de cette obscure disposition parce que le procureur général de l'Ontario avait refusé de consentir à la poursuite de *Zundel* en application de la disposition sur la fomentation de la haine du *Code criminel*. Bien que l'affaire ait d'abord été une poursuite privée, la Cour suprême l'a prise en charge avant le procès. Le jury a conclu que *Zundel* savait que ses allégations étaient fausses et l'a déclaré coupable de l'infraction. Dans un jugement majoritaire rédigé par la juge McLachlin, la

²⁰ *Vancouver Transit* [2009], au para 77 : « Dans une société démocratique, on s'attend des citoyens [...] qu'ils tolèrent un certain degré de controverse. »

Cour suprême du Canada a décidé que l'article 181 du *Code criminel* violait l'alinéa 2b) de la *Chartre canadienne des droits et libertés* et la limite qu'impose l'article 181 ne peut être justifiée en vertu de l'article premier de celle-ci.

La juge McLachlin a non seulement conclu que les mensonges sont visés par l'alinéa 2b) parce qu'ils communiquent un message, mais qu'il ont parfois de la valeur :

[Une] exagération -- même une falsification évidente -- peut répondre à des fins sociales utiles liées aux valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression. Une personne qui combat la cruauté envers les animaux peut citer sciemment des statistiques fausses à l'appui de ses croyances, dans le but de communiquer un message plus fondamental, par exemple "la cruauté envers les animaux augmente et on doit y mettre fin". Un médecin, dans le but de persuader les gens de se faire vacciner contre une épidémie naissante, peut exagérer le nombre ou la position géographique des personnes qui peuvent être infectées par le virus. [...] [T]ous ces modes d'expression ont une valeur intrinsèque, car ils favorisent la participation politique et l'accomplissement de soi. Accepter la proposition que les mensonges délibérés ne peuvent jamais être visés par l'al. 2b), ce serait faire en sorte que des déclarations comme les exemples susmentionnés ne puissent être protégées par la Constitution. Je ne puis admettre que telle était l'intention des rédacteurs de la Constitution (*Zundel* [1992], à la p 754).

La juge McLachlin était d'avis que parfois, les mensonges ont une valeur et qu'ils sont protégés par l'alinéa 2b), en particulier s'ils ont des visées honorables. Or, tous les mensonges constituent un abus du lien de communication et sapent la confiance générale à l'égard du discours public. Ses exemples de mensonges ayant une valeur, en particulier celui du médecin qui exagère pour convaincre les gens de se faire vacciner, ont mal vieilli. Au cours des dernières années, nous avons observé une prolifération de la désinformation en ligne et cette dernière n'a pas été freinée par le tri ou la vérification des faits qu'effectuent les médias traditionnels, et a suscité la méfiance à l'égard des autorités et des experts. La désinformation s'entend notamment des affirmations voulant que des experts médicaux font de fausses déclarations au sujet de la sécurité et de l'efficacité des vaccins.

Dès lors que la juge McLachlin a décidé que les mensonges appartenaient au discours protégé et que l'article 181 du *Code criminel* violait l'alinéa 2b) de la *Charte*, il revenait à l'État de justifier la restriction de la liberté d'expression en vertu de l'article premier de la *Charte*. Selon la juge McLachlin, ni le libellé de la disposition ni son histoire sur le plan législatif ne pointaient vers une fin légitime de la loi. Elle était d'avis que même si les juges dissidents avaient raison de dire que l'objet de la disposition pourrait maintenant être vu comme étant un moyen de protéger la tolérance raciale et sociale, l'interdiction de diffuser de fausses nouvelles était vague et avait une portée excessive, et ne répondait donc pas aux critères de l'atteinte minimale dont il est question dans l'arrêt *Oakes*. Elle s'inquiétait de ce qu'en appliquant la disposition, un tribunal en vienne à conclure à la « connaissance de la fausseté » dans des cas où la déclaration « diverge des croyances dominantes ou officiellement admises » (*Zundel* [1992]). Elle

estimait qu'une personne pourrait être déclarée coupable pour « presque toute déclaration qui n'est pas conforme aux "vérités" couramment acceptées » (Zundel [1992])²¹.

Internet et la désinformation

L'émergence d'Internet en tant que canal important de conversations privées et de discussions publiques, semble avoir atténué les inquiétudes suscitées par la concentration des médias et l'inégalité d'accès aux ressources de communication. Internet a ouvert le discours public à un plus grand nombre de voix. Il est maintenant possible de passer outre les structures de médias existantes et de diffuser du contenu sans filtre.

Notre dépendance à Internet a toutefois grandement favorisé la fragmentation des auditoires. Certes, ce phénomène existait avant l'arrivée d'Internet, mais il a depuis pris de l'ampleur. Si Internet permet d'accéder à un éventail remarquablement large de points de vue et de renseignements, les utilisateurs ont tendance à ne s'exposer qu'à un éventail relativement restreint d'opinions qui viennent renforcer celles qu'ils ont déjà. L'accès sélectif est une affaire de choix, mais aussi de conception. La tendance à ne consulter que des sources qui viennent confirmer l'opinion que l'on s'est déjà faite (préjugé de confirmation) est renforcée par les algorithmes utilisés par les moteurs de recherche comme Google et par les plateformes comme YouTube et Facebook, qui orientent les utilisateurs vers des sites qui sont semblables à ceux qu'ils ont déjà consultés. Cela peut ne pas être considéré comme de la censure, du moins dans le sens où ce terme est généralement utilisé, mais le résultat est le même – cibler ou sélectionner les renseignements et les opinions auxquels les utilisateurs sont exposés. Le résultat de cette sélection est parfois appelé « chambre d'écho » ou « bulle de filtrage » – dans laquelle les utilisateurs entendent l'écho de leurs propres opinions ou sont plongés au milieu de versions de plus en plus extrêmes de ces opinions, tout en croyant être exposés à des opinions qui sont soit généralisées, soit largement répandues.

La nature du discours public a changé avec l'arrivée de l'ère d'Internet : la façon dont nous nous adressons les uns aux autres et la façon dont nous recevons ce discours ont changé. Le public est devenu plus fragmenté. La désinformation et les théories du complot semblent se répandre facilement et largement. (La question de la désinformation est abordée dans le document d'information rédigé par la professeure Emily Laidlaw.)

²¹ Dans l'arrêt *Alvarez* [2012], la Cour suprême des États-Unis a elle aussi affirmé la valeur des mensonges comme expression de la liberté de parole. Elle a invalidé la *Stolen Valor Act* [2005], qui interdisait à une personne de déclarer à tort qu'elle avait reçu une médaille militaire. Alvarez avait été accusé de porter une médaille qui ne lui avait pas été décernée. Quatre juges avaient soutenu que le fait que la déclaration d'Alvarez soit fausse ne privait pas celle-ci de la protection conférée par le Premier amendement et se sont inquiétés de ce que la fausseté du discours puisse souvent mener à la duperie.

Au sein de la collectivité, on s'entend peu sur les questions de fait ou sur la fiabilité des diverses sources d'information, ce qui fait qu'il est devenu difficile, voire impossible, de discuter des problèmes et de s'entendre ou de faire des compromis sur les politiques d'intérêt public. Les croyances d'une personne, même celles qui concernent des questions de fait, sont souvent fondées non sur le jugement ou la raison, mais plutôt sur l'appartenance à un groupe. Les personnes qui défendent des opinions divergentes semblent rarement interagir entre elles et, lorsqu'elles le font, leurs interactions sont souvent de nature conflictuelle. De plus en plus de personnes sont d'avis qu'elles ne devraient pas avoir à écouter un discours avec lequel elles ne sont pas d'accord ou qui va à l'encontre de leur point de vue. Les tribunes ou les plateformes où se tient le discours public sont de plus en plus privatisées; elles échappent donc à la portée du droit constitutionnel à la liberté d'expression.

La menace principale qui pèse sur le discours public n'est peut-être plus la censure, plus particulièrement celle imposée par l'État, mais plutôt la propagation de la désinformation (au sein d'une sphère publique fragmentée) qui compromet le consensus sur des questions de fait et la confiance à l'égard des diverses sources d'information ou de connaissances.

Note sur la liberté de la presse

L'alinéa 2b) de la Charte garantit à « chacun » la « liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication ». Les termes « presse » et « moyens » employés à l'alinéa 2b) semblent renvoyer non à des institutions en particulier, mais plutôt aux divers moyens de communication. Chacun a le droit de s'exprimer en utilisant les différents moyens de communication à sa disposition. Une personne a le droit de s'exprimer en s'adressant aux autres face à face ou par l'intermédiaire de moyens de communication comme la presse, la radio, la télévision ou Internet. À cet égard, le libellé de la Charte diffère de celui du premier amendement de la Déclaration des droits des États-Unis, qui prévoit que [TRADUCTION] « le Congrès ne doit adopter aucune loi [...] ayant pour effet de restreindre la liberté d'expression ou la liberté de la presse ». Aux États-Unis, la séparation de ces deux droits a parfois été interprétée comme signifiant que « la presse », en tant qu'institution, a des droits particuliers du fait du rôle qu'elle joue au sein d'une société démocratique, soit d'informer le public sur des questions importantes et d'obliger les gouvernements à rendre des comptes.

Au Canada, les tribunaux ont parfois déclaré que les organisations engagées dans la collecte et la diffusion de nouvelles et d'opinions peuvent être en mesure de faire des revendications que d'autres ne peuvent pas faire. Dans l'arrêt *Société Radio-Canada c Nouveau-Brunswick (Procureur général)* [1996], le juge La Forest, s'exprimant au nom des juges majoritaires de la Cour suprême du Canada, a souligné l'importance « d'une presse libre et vigoureuse » pour informer le public et permettre un débat de fond (*Société Radio-Canada c Nouveau-Brunswick (Procureur général)* [1996], au para 23). Dans un arrêt plus récent, la juge Abella a insisté sur l'importance d'une « presse

vigoureuse, rigoureuse et indépendante » qui « tient les individus et les institutions responsables, découvre la vérité et informe le public » (*Vice Media* [2018], au para 125). Elle a souligné que l'alinéa 2b) « traite d'un droit constitutionnel distinct pour la presse, un droit qui protège ses fonctions essentielles d'expression – sa capacité de recueillir et de diffuser des renseignements pour le bien public, sans ingérence indue » (*Vice Media* [2018], au para 112). Dans l'arrêt *Denis* [2019], une affaire portant sur la confidentialité des sources, la Cour suprême a souligné le rôle « unique » joué par les médias dans le « maintien d'une société libre et démocratique » (*Denis* [2019], au para 45). Pourtant, dans cette même affaire, la Cour a souligné que la liberté de la presse n'est pas un droit distinct, mais plutôt que la liberté d'expression « inclut la liberté de la presse » et « protège autant celui qui exprime des idées et des opinions, que ceux qui en prennent connaissance » (*Denis* [2019], au para 46).

Avant l'arrivée d'Internet, les fonctions de collecte et de diffusion de nouvelles étaient assumées par des institutions particulières, généralement de grands journaux et diffuseurs; la liberté de la presse était donc associée aux médias institutionnels. Il était naturel, à l'époque, de confondre institution et fonction. Cependant, avec l'essor d'Internet comme principal moyen de communication de nouvelles et d'opinions, le lien entre fonction et institution s'est rompu. En plus des versions en ligne des médias traditionnels, il existe maintenant de nombreux blogues et sites de nouvelles de petite envergure qui sont exploités par des journalistes citoyens. Les faibles coûts d'entrée sur le marché font en sorte que pratiquement n'importe qui peut créer un site Web pour diffuser des nouvelles et des opinions.

Si les tribunaux ont, à l'occasion, laissé entendre que les médias institutionnels auraient certains droits spéciaux, tout droit spécial invoqué par ceux-ci ne découle pas de leur structure organisationnelle ou de leur statut institutionnel, mais plutôt de la fonction qu'ils remplissent, soit la collecte et la diffusion de nouvelles (Oliphant [2013], à la p 289). La liberté d'expression protège certaines actions, telles que la collecte de nouvelles, qui ne relèvent pas directement de l'expression, mais qui sont nécessaires à une communication efficace et à un discours public significatif. Les droits de la presse ne sont donc spéciaux que dans ce sens. La liberté de la presse peut être invoquée par toute personne ou tout groupe qui prend part à l'importante tâche qui consiste à recueillir et à diffuser des nouvelles. Ces revendications peuvent comprendre la protection de la confidentialité des sources et l'accès à des endroits qui ne sont pas automatiquement ouverts à tous. En outre, il se peut que le droit à la liberté de la presse, bien qu'il soit officiellement garanti à toute personne qui recueille et diffuse des nouvelles, ne puisse être invoqué que par des organisations ou des personnes qui se soumettent à des normes professionnelles qui sont traditionnellement, mais pas invariablement, suivies par les médias grand public, comme la vérification des sources et la correction des erreurs. Le devoir d'exercer une diligence raisonnable dans la diffusion d'information n'est pas toujours respecté par les journalistes citoyens ou par les petits sites de nouvelles de nature partisane, soit parce qu'ils ne disposent pas des ressources nécessaires pour vérifier les faits soit parce que l'exactitude n'est pas leur principale préoccupation.

Deux situations dans lesquelles « la presse » (ceux qui pratiquent le journalisme) a réussi à faire valoir des revendications de liberté d'expression qui soit ne sont pas accessibles aux autres soit ont une portée plus large que les revendications accessibles aux autres sont : (i) la défense de « communication responsable » dans une action en diffamation; (ii) la protection de la confidentialité des sources. Dans les deux cas, la revendication de droits spéciaux s'appuie sur la fonction exercée par la personne ou le groupe, c'est-à-dire la collecte et la diffusion de nouvelles. Le droit n'est garanti, ou ne devrait l'être, qu'aux personnes ou aux organisations qui se soumettent aux normes éthiques du journalisme. Ce principe est explicite dans le cas de la défense de « communication responsable », et il constitue un élément de l'exigence d'intérêt public qui doit être respectée par les journalistes qui revendiquent le droit à la protection de la confidentialité des sources. La reconnaissance de ces droits de la presse ne s'est pas faite par l'application directe de la Charte, mais plutôt par la réinterprétation des règles de common law pour les rendre conformes aux valeurs de la Charte (diffamation) ou par une intervention législative (protection des sources).

Conclusion

Les manifestations des camionneurs ont, une fois de plus, mis en évidence certains des défis que pose l'adaptation de la doctrine de la liberté d'expression à la nouvelle réalité des communications. Les anciennes catégories et distinctions de la doctrine de la liberté d'expression ne s'appliquent pas facilement à cette nouvelle réalité. La doctrine de la liberté d'expression s'est développée dans un environnement de communication différent, et elle doit maintenant s'adapter à des structures de médias et à des pratiques de communication différentes ainsi qu'à un nouvel ensemble de préoccupations et de problèmes. La menace principale qui pèse sur le discours public n'est peut-être plus la censure, plus particulièrement celle imposée par l'État, mais plutôt la propagation de la désinformation, au sein d'une sphère publique fragmentée, qui compromet le consensus sur des questions de fait et la confiance à l'égard des diverses sources d'information ou de connaissances.

Bibliographie

Jurisprudence

Alvarez (U.S. v), 567 US 709 (2012).

Batty v City of Toronto, 2011 ONSC 6862.

Bracken v Town of Fort Erie, 2017 ONCA 668.

R c Butler, [1992] 1 RCS 452.

SRC c Nouveau-Brunswick, [1996] 3 RCS 480.

Comité pour la République du Canada c Canada, [1991] 1 RCS 139.

Dagenais c SRC, [1994] 3 RCS 835.

Dieleman (Ontario (A-G) v) (1994), 20 OR (3d) 229.

Denis c Côté, 2019 CSC 44.
Syndicat des détaillants, grossistes et magasins à rayons, section locale 580 c Dolphin Delivery, [1986] 2 RCS 573.
Dupond c Ville de Montréal, [1978] 2 RCS 770.
Fleming c Ontario, 2019 CSC 45.
Ford c Québec (PG), [1988] 2 RCS 712.
Harper c Canada (PG), 2004 CSC 33.
Irwin Toy c Québec (PG), [1989] 1 SCR 927.
R c Khawaja, 2012 CSC 69.
R c Keegstra, [1990] 3 RCS 697.
R c Lucas, [1998] 1 RCS 439.
Montréal (Ville) c 2952-1366 Québec Inc., 2005 SCC 62
Mugesera c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2004 CSC 62.
R c Nova Scotia Pharmaceutical Society, [1992] 2 RCS 606.
R c Oakes, [1986] 1 RCS 103.
Palko v Connecticut, 302 U.S. 319 (1937).
Ramsden c Peterborough, [1993] 2 RCS 1084.
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du code criminel (Man.), [1990] 1 SCR 1123
Schenck v United States, 249 U.S. 47 (1919).
R c Sharpe, 2001 CSC 2.
Spratt (R v), 2008 BCCA 340.
Canada c Taylor, [1990] 3 RCS 892.
Thomson Newspapers Co. c Canada (Procureur général), [1998] 1 RCS 877.
Greater Vancouver Transportation Authority c Fédération canadienne des étudiantes et étudiants, 2009 CSC 31.
R c Média Vice Canada Inc, 2018 CSC 53.
Weisfeld c Canada, [1995] 1 CF 68 (CAF).
Saskatchewan (Human Rights Commission) c Whatcott, 2013 CSC 11.
Zhang (v City of Vancouver), 2011 BCCA 138.
Zhang v Vancouver (City), 2014 BCSC 2288.
R c Zundel, [1992] 2 RCS 731.

Rapports, ouvrages, articles

Castells, Manuel, *Networks of Outrage and Hope*, 2nd ed, Polity, 2015.
 Cohen Commission, *Report of the Special Committee on Hate Propaganda*, Queen's Printer, Ottawa, 1965.
 Mill, John Stuart, *On Liberty*, Penguin (1982) [1859].
 Moon, Richard, « Rapport présenté à la Commission canadienne des droits de la personne concernant l'article 13 de la Loi canadienne sur les droits de la personne et la réglementation de la propagande haineuse sur Internet », 2008.
 Oliphant, Benjamin, « Freedom of the Press as a Discrete Constitutional Guarantee », (2013) 59 McGill LJ 283.

