

# ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

*On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :*

*Les Éditions Thémis*

*Faculté de droit, Université de Montréal*

*C.P. 6128, Succ. Centre-Ville*

*Montréal, Québec*

*H3C 3J7*

*Téléphone : (514)343-6627*

*Télécopieur : (514)343-6779*

*Courriel : [themis@droit.umontreal.ca](mailto:themis@droit.umontreal.ca)*

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite

disponible à : [www.themis.umontreal.ca](http://www.themis.umontreal.ca)

**L'arrêt Oakes et la liberté d'expression:  
plaidoyer pour la protection du  
discours impopulaire**

Francis Lamer<sup>[1]</sup>

**INTRODUCTION 615**

**I. LA LIBERTÉ D'EXPRESSION ET SON RAPPORT AVEC L'ARTICLE 1  
DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS 616**

**II. LE CONCEPT DE PRÉOCCUPATION URGENTE ET RÉELLE EN TANT  
QUE MOTIF JUSTIFIANT UNE DÉROGATION À LA LIBERTÉ  
D'EXPRESSION: LES CHEMINS DE L'ENFER SONT-ILS PAVÉS  
DE BONNES INTENTIONS GOUVERNEMENTALES? 618**

**A. Bref historique de l'interprétation donnée à l'article 1 de  
la Charte 618**

**B. Le fondement du test de l'arrêt Oakes et le concept de  
«préoccupation urgente et réelle» 621**

**C. L'article 1 de la Charte et le combat contre le mal causé par  
l'exercice de la liberté d'expression: l'arrêt Irwin Toy, le  
concept de «groupe vulnérable» et le préjudice résultant de  
l'exercice de la liberté d'expression 624**

1. La minimisation du préjudice nécessaire pour soutenir une  
restriction à la liberté d'expression 625

2. Le concept de groupe vulnérable en tant que motif justifiant  
des restrictions à la liberté d'expression 627

3. Justifications fondées sur les effets néfastes de certaines  
formes d'expression sur le comportement des auditeurs  
du message 630

4. Conclusion 632

**D. La justification des restrictions à la liberté d'expression en  
tant qu'outil de politique sociale 632**

**E. Conclusion 635**

**III. L'ARRÊT OAKES ET LA TRILOGIE DES PRINCIPES JURISPRUDENTIELS  
JUSTIFIANT LES DÉROGATIONS À LA LIBERTÉ D'EXPRESSION EN  
DROIT CANADIEN 636**

**A. L'arrêt Oakes et le principe de la «double analyse»: un cadre  
analytique qui fait abstraction de l'importance de la liberté  
d'expression 636**

**B. L'approche contextuelle: vers une protection constitutionnelle de**

**la liberté d'expression fondée sur une appréciation subjective  
de la valeur du discours** 641

**C. Le principe de la déférence judiciaire: un aveu d'impuissance  
en matière de preuve impliquant les sciences humaines** 644

**D. Conclusion** 647

#### **IV. ÉLABORATION D'UNE SOLUTION DE REMPLACEMENT À L'ARRÊT OAKES EN MATIÈRE DE LIBERTÉ D'EXPRESSION** 648

**A. Le mythe de l'uniformité du cadre analytique applicable en vertu  
de l'article 1 de la Charte** 649

**B. Le mythe de l'émasculatation du pouvoir parlementaire** 652

**C. Le mythe de l'identification de la démocratie aux concepts  
d'égalité sociale et autres objectifs enchâssés dans la Charte** 653

**D. Le contrôle de la liberté d'expression en société libre et  
démocratique** 654

#### **CONCLUSION** 659

---

Il serait malheureux de passer en revue l'oeuvre de l'honorable juge Beetz sans mentionner sa contribution au domaine des libertés civiles, plus particulièrement en matière de liberté d'expression<sup>[2]</sup>. Tel que le juge Beetz lui-même le remarquait lors de son allocution du 10 mai 1989, durant la cérémonie tenue pour marquer son départ de la Cour suprême du Canada, sa dernière opinion était une dissidence dans l'affaire *Slaight Communications Inc. c. Davidson*<sup>[3]</sup>. Curieusement, cette dissidence ainsi que la dissidence de M. le juge McIntyre dans l'affaire *Irwin Toy Ltd. c. Procureur général du Québec*<sup>[4]</sup>, à laquelle le juge Beetz a souscrit, constituent les premiers indices d'un profond changement d'opinion au sein de notre plus haut tribunal sur l'étendue des motifs qui justifient une violation du droit à la liberté d'expression en société libre et démocratique. Fort malheureusement, ces décisions marquent également un point tournant en ce qui concerne l'importance accordée en pratique à ces justifications au détriment de la protection de cette liberté civile en tant que fondement essentiel de toute société démocratique.

Il ne faudrait pas sous-estimer les pressions quotidiennes auxquelles font face ceux qui exercent leur droit à la liberté d'expression. Nos gouvernements sont confrontés à d'énormes pressions provenant de groupes d'activistes cherchant à prohiber certaines formes d'expression jugées dégradantes<sup>[5]</sup>, de mauvais goût ou politiquement dangereuses, comme c'est le cas en matière de propagande haineuse. Ainsi, à Vancouver, les employés municipaux et autres organismes tels que «Mediawatch» se sont soulevés contre le fait que la municipalité autorisait le comédien Andrew Dice Clay, dont l'humour misogyne est fort célèbre, à donner ses spectacles dans un théâtre municipal et ont exigé que l'on prohibe ce genre de spectacle sur des propriétés publiques<sup>[6]</sup>. Naturellement, le zèle qui accompagne ce genre d'activisme encourage trop souvent la conclusion qu'il faut enrayer ces phénomènes sociaux par la censure et ce, malgré la protection constitutionnelle accordée à la liberté d'expression. Il faut également ajouter à cela la tendance de tout gouvernement à vouloir bâillonner des efforts visant à exposer certaines informations préjudiciables à leurs intérêts, comme ce fut le cas dans les affaires *Norsk Hydro* et *Wilhemy*. On aurait donc tort de penser que le Canada est exempt de pressions contre la liberté d'expression, ou plutôt contre son exercice. Si le principe est généralement accepté, c'est dans son application aux formes d'expressions les plus répugnantes que l'on mesure véritablement la controverse existant à ce sujet.

Dans un tel contexte, la publication des mélanges Jean Beetz fournit une occasion de souligner jusqu'à quel point la Cour suprême du Canada s'est éloignée des principes qui constituent le fondement de la protection de la liberté d'expression depuis les arrêts *Irwin Toy* et *Slaight Communications*. En effet, les plus récentes

décisions de la Cour suprême du Canada en matière de liberté d'expression semblent faciliter la justification de limites à l'exercice de cette liberté civile avec l'aide de l'article 1 de la Charte et du test de raisonnabilité adopté dans l'affaire *R. c. Oakes* [7]. Tel que nous l'avons souligné plus haut, l'honorable juge Beetz était dissident dans ces deux décisions et ces dissidences sont fondées sur une conception complètement différente de ce qui peut justifier une atteinte à la liberté d'expression dans une société libre et démocratique par opposition à l'opinion de la majorité dans ces arrêts ainsi que dans l'affaire *R. c. Keegstra* [8]. Il est trop tôt pour déterminer si la Cour suprême du Canada va pencher en faveur d'une protection accrue de la liberté d'expression étant donné sa dernière décision dans l'affaire *R. c. Zundel* [9]. Néanmoins, il est important de souligner les raisons pour lesquelles il semble plus facile de justifier des atteintes à la liberté d'expression en vertu de l'article 1 de la Charte depuis les arrêts *Oakes*, *Irwin Toy*, *Slaight Communications* et *Keegstra*.

## I. LA LIBERTÉ D'EXPRESSION ET SON RAPPORT AVEC L'ARTICLE 1 DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS

Dans l'immense majorité des causes impliquant une limite gouvernementale à la liberté d'expression, la question la plus épineuse demeure celle de déterminer si cette limite est une «limite raisonnable [...] dont la justification puisse se démontrer dans une société libre et démocratique». Comme le remarquait avec justesse Mme le juge McLachlin dans l'affaire *Keegstra* [10], la garantie accordée par l'article 2b) de la Charte est énoncée d'une manière «large et sans restriction» [11] et les seules limites qui puissent être imposées à cette liberté sont celles qui se conforment aux exigences de l'article 1. Comme il se doit, la Cour suprême du Canada s'est prononcée à plusieurs reprises en faveur d'une interprétation large et libérale de la Charte et plus particulièrement de son alinéa 2b) [12]. Comment pourrait-il en être autrement? La Cour suprême du Canada se doit d'être pour le bien et contre le mal, et il n'est donc pas bien difficile de prendre position en faveur d'une telle interprétation large et libérale. Mais toute liberté a ses limites et la Cour suprême du Canada a choisi de traiter de ce sujet dans le cadre de l'article 1 de la Charte qui, malheureusement, n'énonce pas de principes clairs selon lesquels une analyse de justification peut être accomplie.

Dans le cadre de la protection de la liberté d'expression, la difficulté causée par le caractère vague et imprécis des principes énoncés par l'article 1 de la Charte est d'autant plus inexorable puisque le contenu de la protection de cette liberté est, en réalité et en pratique, défini par la négative. Cela n'est pas surprenant puisqu'il est plus facile de prétendre qu'une restriction est raisonnable ou justifiable dans une société libre et démocratique que de prétendre qu'une forme d'expression, si dénuée de contenu soit-elle, n'est pas protégée par l'alinéa 2b). Malgré les vaillants efforts déployés par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Irwin Toy* [13] et dans l'affaire du *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'art. 195.1(c) du Code criminel (Man.)* [14], afin de définir ce que constitue une violation de la liberté d'expression, les distinctions établies dans ces arrêts sont beaucoup plus dialectiques que réelles.

Par exemple, dans l'arrêt *Renvoi relatif au Code criminel*, le juge Lamer note que si «une activité transmet ou tente de transmettre une signification, elle a un contenu expressif et `par conséquent' elle est protégée en vertu de l'alinéa 2b) de la Charte» [15]. Il est éminemment logique de décrire le mot «expression» d'une telle manière, mais il est plus difficile de voir jusqu'à quel point cela peut exclure toute forme d'activité humaine. Selon M. le juge Chabot dans l'affaire *Imperial Tobacco c. Procureur général du Canada* [16], même la publicité sur le tabac et les marques de commerce qui y sont associées sont des formes d'expression protégées par la Charte. Avec raison, M. le juge Chabot n'a pas eu de difficulté à conclure, malgré le contenu substantif minimal de ces formes d'expression, que «[c]'est une lapalissade de dire que la publicité en général et la publicité des produits du tabac en particulier ont un contenu expressif» [17]. Il est peut-être difficile de voir comment des marques de commerce aussi dénuées de signification autre que l'identification du produit peuvent avoir un «contenu expressif», mais elles constituent un exemple de la principale utilisation de la langue, celle de nommer les choses [18].

À l'heure actuelle, il n'y a qu'une forme d'expression qui ne soit pas protégée par l'alinéa 2b) de la Charte: la violence physique ainsi que les menaces de violence[19], par opposition à l'expression ou la communication de cette violence dans les médias. Cette exception n'est pas difficile à énoncer puisqu'elle est fondée sur la nécessité de protéger la règle de droit et d'imposer le respect de l'intégrité d'autrui nécessaire à la vie en société de droit. Malgré cette exception, l'alinéa 2b) a reçu une interprétation particulièrement large et libérale sans toutefois réussir avec autant de succès à contrecarrer les dérogations à la liberté d'expression qui ont fait l'objet de contestations judiciaires jusqu'à ce jour. La principale cause de ce phénomène est non seulement l'importance accordée à l'article 1 mais également l'importance accordée à l'étendue des motifs justifiant des restrictions à la liberté d'expression à la suite de l'arrêt *Oakes*.

## **II. LE CONCEPT DE PRÉOCCUPATION URGENTE ET RÉELLE EN TANT QUE MOTIF JUSTIFIANT UNE DÉROGATION À LA LIBERTÉ D'EXPRESSION: LES CHEMINS DE L'ENFER SONT-ILS PAVÉS DE BONNES INTENTIONS GOUVERNEMENTALES?**

### **A. Bref historique de l'interprétation donnée à l'article 1 de la Charte**

L'interprétation de l'article 1 de la Charte consiste essentiellement en un exercice normatif puisque cette disposition ne contient pratiquement pas de barème juridique autres que les concepts de «justifiabilité», de «raisonnabilité» et de «société démocratique». Il est intéressant de noter que les premières décisions de la Cour suprême du Canada portant sur l'article 1 étaient fort hésitantes à reconnaître des critères autres que la guerre ou autres formes de situation d'urgence nationale pour justifier une dérogation à un droit ou une liberté accordée par la Charte. Par exemple, dans l'affaire *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*[20], la Cour suprême du Canada a décidé qu'en droit pénal, la responsabilité absolue est toujours contraire aux principes de justice fondamentale et que les arguments de commodité administrative justifient une telle mesure en vertu de l'article 1 «seulement dans les circonstances qui résultent de conditions exceptionnelles comme les désastres naturels, le déclenchement d'hostilités, les épidémies et ainsi de suite»[21]. Dans l'affaire *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*[22], Mme le juge Wilson a résumé fort éloquemment le dilemme posé par l'article 1 de la Charte lorsqu'elle écrivait le commentaire suivant:

*La question des normes que doit utiliser la Cour lorsqu'elle applique l'article 1 revêt, sans aucun doute, une très grande importance pour les fins de l'application de la Charte. Si une norme trop faible est établie, les tribunaux risquent d'affaiblir la Charte. Si cette norme est trop rigoureuse, ils risquent d'entraver indûment l'action gouvernementale. Ce n'est pas une tâche qu'il faut prendre à la légère.*[23]

Ce faisant, le juge Wilson n'articulait pas un nouveau débat. Ce débat a déjà fait l'objet d'interminables discussions entre «absolutistes» et «relativistes» aux États-Unis[24]. Les premiers prétendent que seule une protection constitutionnelle absolue de toutes les formes d'expression peut protéger efficacement cette liberté puisque la tentation d'abuser du caractère relatif des droits et libertés, si reconnue officiellement, serait trop grande. Les seconds prétendent que nos droits et libertés ne sont pas absolus et qu'il est préférable d'aborder l'appréciation de l'importance relative de nos droits constitutionnels et de d'autres considérations politiques justifiant une réaction législative en reconnaissant ouvertement la nature même de cet exercice juridique.

Au Canada, les rédacteurs de notre Constitution se sont chargés de répondre partiellement aux questions soulevées par ce débat américain en insérant une reconnaissance du caractère relatif de nos droits et libertés par le biais de l'article 1 de la Charte. Malgré cet effort, le dilemme philosophique n'est pas disparu pour

autant puisque le problème soulevé par ce débat en est un d'orientation générale plutôt que de solution exacte applicable à toutes les situations. En réponse à ce dilemme, Mme le juge Wilson a souligné dans l'affaire *Singh* un principe qui semblait, à l'époque du moins, important. Selon le juge Wilson, les tribunaux doivent déterminer si une limite donnée est raisonnablement justifiable dans une société libre et démocratique, «tout en veillant au respect des droits et libertés énoncés dans les autres articles de la Charte» puisque cette protection constitutionnelle constitue un engagement au respect de ces droits et libertés[25]. Les commentaires du juge Wilson ne constituaient pas un test en bonne et due forme exigeant comme principale norme que l'importance accordée à nos droits et libertés par le biais de leur enchâssement constitutionnel soit respectée dans le cadre de l'application de l'article 1. Néanmoins, ces commentaires semblaient vouloir accorder une plus grande importance aux droits et libertés garantis par la Charte qu'à des préoccupations législatives qui, quoique valables, ne font pas l'objet de protection constitutionnelle.

Deux ans après les premières décisions de la Cour suprême du Canada portant sur la Charte[26], l'arrêt *Oakes* devait énoncer pour la première fois un test visant à uniformiser l'analyse que nos tribunaux doivent adopter lorsqu'ils font face à une contestation constitutionnelle impliquant la Charte. Il est inutile de préciser que ce premier énoncé s'était fait attendre et que la communauté juridique ressentait alors un besoin pressant d'établir des normes précises afin d'assurer une application uniforme de la Charte. L'arrêt *Oakes* a subséquemment acquis le statut de vache sacrée et est maintenant appliqué sans critique ouverte par tous nos tribunaux. Malgré tout, l'arrêt *Oakes* ne constitue qu'une première réponse à ces préoccupations et il serait dommage de considérer cette décision comme étant inattaquable si elle a pour effet d'affaiblir les libertés accordées par la Charte.

Dans l'arrêt *Oakes*, la Cour suprême du Canada s'est déclarée en faveur d'une interprétation ouvertement «relativiste» de l'article 1 en reconnaissant que nos droits et libertés ne sont pas absolus et «qu'il peut être nécessaire de les restreindre lorsque leur exercice empêcherait d'atteindre des objectifs sociaux fondamentalement importants»[27]. Le champ de bataille entre la notion de droits collectifs et celle des droits individuels demeure donc fort actif, quels que soit les qualificatifs associés aux objectifs sociaux qui justifieraient, selon l'arrêt *Oakes*, une dérogation à un droit ou à une liberté garantis par la Charte. Naturellement, le test de l'arrêt *Oakes* n'a jamais été décrit ouvertement par nos tribunaux comme faisant partie d'une interprétation large et libérale de l'article 1 de la Charte. Il est plutôt qualifié par le juge en chef Dickson de «norme sévère en matière de justification»[28], et la formulation de ce test semble, en surface du moins, soutenir cette conclusion puisque seule une «préoccupation urgente et réelle»[29] peut justifier une dérogation. Il n'est pas surprenant de constater que le juge en chef Dickson ait voulu associer ce genre de qualificatif à l'énoncé du test de l'arrêt *Oakes*. Malheureusement, l'application de ce test par nos tribunaux démontre une tendance contraire qui favorise l'autojustification au détriment de la protection de la liberté d'expression.

## **B. Le fondement du test de l'arrêt Oakes et le concept de «préoccupation urgente et réelle»**

Le test concernant l'application de l'article 1 de la Charte, tel qu'il est énoncé dans l'arrêt *Oakes*, est fondé sur la prémisse qu'il peut être nécessaire de «restreindre [des droits et libertés garantis par la Charte] lorsque leur exercice empêcherait d'atteindre des objectifs sociaux fondamentalement importants»[30]. Malgré les propos de Mme le juge Wilson dans l'affaire *Singh*, l'arrêt *Oakes* renverse, par le biais de cet énoncé de principe, la hiérarchie des valeurs constitutionnelles, autrefois dominée par le respect des droits et libertés, en affirmant qu'un objectif social fondamentalement important peut justifier une restriction à un droit ou à une liberté. Dès lors, c'est cet objectif social qui prédomine (par définition) toute discussion constitutionnelle puisqu'après tout, il est fondamentalement important. En renversant la hiérarchie des valeurs constitutionnelles de cette façon, le juge en chef Dickson s'est rendu coupable d'un sophisme juridique des plus transparents puisqu'il est très difficile de ne pas justifier une restriction à un droit ou à une liberté dès l'instant où l'on invoque en contrepartie un objectif social que l'on prétend fondamentalement important.

Ce sophisme n'aurait pas été aussi dommageable à la protection constitutionnelle de nos droits et libertés s'il n'avait pas été accompagné d'une définition aussi vaste de ce qui constitue un objectif social fondamentalement important. En effet, l'importance que peut avoir un objectif social est un concept tout à fait subjectif et la Cour suprême se devait de définir comment un tel objectif peut acquérir une importance supérieure à celle de protéger nos droits et libertés. L'arrêt *Oakes* ne répond pas de façon satisfaisante à cette question puisqu'il formule un test de justification fondé essentiellement sur le concept de «préoccupations urgentes et réelles» ou, en anglais, «*pressing and substantial objective*»<sup>[31]</sup>. En effet, selon l'arrêt *Oakes*, un objectif social fondamentalement important ne peut être «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution» que si, «à tout le moins»<sup>[32]</sup>, ce test d'urgence est rencontré<sup>[33]</sup>. Dans ce contexte constitutionnel, les tests de lien rationnel et d'atteinte minimale ne sont que la conséquence logique de cette première branche du test de l'arrêt *Oakes*. En effet, dès que l'on admet que des objectifs sociaux fondamentalement importants peuvent être invoqués au soutien d'une dérogation à un droit ou une liberté, il est naturel d'exiger que cette atteinte soit minimale et reliée à l'accomplissement de cet objectif.

Le concept d'urgence en tant que motif justifiant une dérogation à un droit ou à une liberté n'est pas nouveau puisqu'il correspond à la doctrine du «*clear and present danger*» avancée en 1919 par le juge Holmes dans l'affaire *Schenck c. United States*<sup>[34]</sup>, une décision portant sur le premier amendement de la Constitution des États-Unis. Il est même possible de prétendre qu'il s'agit là d'une simple reformulation des propos du juge en chef Lamer, alors juge puîné, dans l'affaire *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, qui ne pouvait alors concevoir de motif autre que les situations d'urgence ou de calamité pour justifier une dérogation au droit de ne pas être privé du droit garanti à l'article 7 de la Charte<sup>[35]</sup>. Cependant, si la nécessité d'agir avec célérité en situation d'urgence nationale peut justifier des dérogations au droit à la justice fondamentale pour des raisons d'efficacité administrative, il est plus difficile de justifier une dérogation à la liberté d'expression pour la même raison. N'est-il pas d'autant plus important d'obtenir les vues de tous les citoyens et de préserver une atmosphère de candeur démocratique précisément lorsqu'une situation d'urgence peut provoquer des abus de la part de nos gouvernements? Lors de la guerre du Vietnam, n'était-il pas d'autant plus important de conserver une liberté d'expression qui permettait aux citoyens américains de questionner les actions de leur gouvernement en dépit de l'état de guerre qui sévissait alors? L'argument selon lequel le critère d'urgence ou de besoin pressant est approprié à toute analyse de justification sous l'article 1 de la Charte équivaut à prétendre que nos droits et libertés ne peuvent prévaloir que lorsqu'il est possible de prétendre que les solutions à nos problèmes sociaux les plus immédiats peuvent se faire attendre davantage. Sans vouloir faire preuve de cynisme face à nos institutions politiques, il semble que nos problèmes sociaux acquièrent souvent leur caractère d'urgence après les interminables débats qui précèdent invariablement l'adoption d'une politique gouvernementale.

Il est difficile de concevoir comment le fait qu'une préoccupation sociale soit urgente et réelle puisse justifier, en tant que tel, une dérogation au droit à la liberté d'expression. En effet, il n'existe aucun lien rationnel, pour employer le même vocabulaire que celui de l'arrêt *Oakes*, entre le caractère urgent ou réel d'une préoccupation sociale et la nécessité de recourir à une telle mesure. En réalité, le test de l'arrêt *Oakes* n'est pas fondé sur la prémisse que nos droits et libertés ne peuvent être limités que lorsque cela est nécessaire. En adoptant ce test, la Cour suprême du Canada a énoncé un jugement de valeur selon lequel certains objectifs législatifs sont à ce point importants qu'ils justifient tous les moyens disponibles pour accomplir cet objectif. Ainsi, selon l'arrêt *Oakes*, toute société démocratique doit avoir à sa disposition un arsenal complet de mesures législatives lui permettant d'accomplir ses objectifs les plus importants. Il s'agit là d'un retour à la suprématie parlementaire qui, bien qu'assujettie aux tests de lien rationnel et d'atteinte minimale qui feront l'objet de discussion plus loin, semble contraire à l'esprit même d'une protection constitutionnalisées de nos droits et libertés, c'est-à-dire de limiter les moyens disponibles pour accomplir ces objectifs. Ainsi, la protection de nos droits légaux en vertu des articles 7 à 13 de la Charte n'a pas pour objectif d'empêcher l'État de combattre la criminalité efficacement, mais plutôt de s'assurer que l'on n'abuse pas des pouvoirs de l'état lorsque l'on cherche à incarcérer une personne.

Il s'ensuit que l'application du test énoncé dans l'arrêt *Oakes* à une dérogation à la liberté d'expression peut avoir pour effet d'accorder à une préoccupation sociale, autre que la protection de cette liberté civile, une préséance que notre Constitution ne lui reconnaît pas sous prétexte qu'il existe une urgence sociale quelconque à laquelle le législateur doit remédier. La Charte devrait avoir pour effet et pour objectif d'établir une échelle de valeurs selon laquelle la protection des droits et libertés qui y sont énumérés doit avoir préséance sur les objectifs sociaux de nos gouvernements. Toute autre interprétation aurait pour effet de neutraliser l'efficacité de la Charte, tel que Mme le juge Wilson l'a reconnu dans l'affaire *Singh*<sup>[36]</sup>. Il semble que, depuis l'arrêt *Oakes*, les choses ont bien changé.

La reconnaissance du fait que nos droits et libertés ne sont pas absolus ne mène pas nécessairement à la conclusion que d'autres préoccupations sociales peuvent avoir préséance dans la mesure où il est possible de les qualifier d'urgentes ou de réelles. C'est là la première faiblesse du test de l'arrêt *Oakes* et c'est une faiblesse qui est d'autant plus évidente dans le contexte de la protection de la liberté d'expression que la seule limite réelle à cette protection constitutionnelle est l'article 1 de la Charte. La seconde et principale faiblesse du test de l'arrêt *Oakes* réside dans le fait que les adjectifs «urgent» et «réel» n'ajoutent rien au contenu du test précisément parce que ces adjectifs n'ont aucun rapport avec les motifs justifiant une dérogation à la liberté d'expression. Par exemple, il est difficile de justifier une prohibition contre un discours haineux pour la simple raison qu'il est urgent de le prohiber: encore faudrait-il démontrer pourquoi il est nécessaire de le prohiber avant de déterminer s'il est urgent de le prohiber. En ne se demandant que la deuxième question, on suppose qu'il est permis de limiter la liberté d'expression, chose qui est contraire à l'esprit même de l'enchâssement de la liberté d'expression dans la Constitution. Finalement, l'exigence que la préoccupation gouvernementale soit réelle ou «*substantial*», par opposition à des préoccupations imaginaires ou immatérielles, relève de l'évidence même.

Il semble donc que le seul critère qui doit être rencontré afin de passer la première étape du test de l'arrêt *Oakes* soit l'existence d'une préoccupation législative à laquelle l'État répond de bonne foi. Pour s'en convaincre, il suffit d'examiner certains arrêts dans lesquels les principes adoptés dans l'arrêt *Oakes* ont été appliqués, tout en se demandant si les préoccupations sociales invoquées au soutien de la validité de lois ou autres actes gouvernementaux peuvent être qualifiées de fondamentalement importants et si, indépendamment de l'arrêt *Oakes*, elles justifient les moyens adoptés pour répondre à ces préoccupations.

### **C. L'article 1 de la Charte et le combat contre le mal causé par l'exercice de la liberté d'expression: l'arrêt *Irwin Toy*, le concept de «groupe vulnérable» et le préjudice résultant de l'exercice de la liberté d'expression**

Si l'on prend pour acquis que toute liberté est relative, il est naturel de poser en tant que principe directeur que l'exercice d'une liberté n'autorise personne à causer du tort à autrui. Les droits des uns limitent ceux des autres et l'État a donc le droit d'établir des prohibitions visant à s'assurer que l'exercice abusif d'un droit ou d'une liberté soit puni de façon à maintenir l'ordre public et à prévenir l'anarchie. La stabilité même de la vie en société, qu'elle soit démocratique ou non, dépend de cet ordre public. Il s'agit là d'un principe si généralement accepté qu'il devrait se passer de commentaire. Malgré tout, l'application de ce principe à la liberté d'expression pose le problème épineux de déterminer jusqu'à quel point l'exercice de cette liberté justifie de telles prohibitions lorsque l'expression ne prend pas la forme de violence ou d'autre acte tangible. En d'autres mots, quel mal peut causer un discours ou un message (muet ou écrit) et est-ce que ce mal peut justifier la prohibition d'un tel discours ou message? En réponse à ce problème, il semble que la Cour suprême du Canada ait clairement soutenu que l'exercice de la liberté d'expression soulève souvent un potentiel de dommage qui justifie, en vertu de l'article 1 de la Charte, un contrôle strict de ce qui peut être dit au Canada. La décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Irwin Toy* est probablement l'exemple le plus célèbre de ce genre de justification sous l'article 1. Plus récemment, les affaires *Keegstra* et *Butler*<sup>[37]</sup> ont soulevé le même débat dans le contexte de la réglementation de la propagande haineuse et de la pornographie.



## 1. La minimisation du préjudice nécessaire pour soutenir une restriction à la liberté d'expression

Il ne faudrait pas sous-estimer la minimisation du préjudice nécessaire à la justification d'une restriction à la liberté d'expression qui est devenue évidente dans les plus récentes décisions de la Cour suprême du Canada. La décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Irwin Toy* est probablement l'exemple le plus flagrant de ce phénomène. Dans l'affaire *Irwin Toy*, le procureur général du Québec prétendait que l'abolition de la publicité pour enfants à la télévision est nécessaire à la protection d'un «groupe qui est très vulnérable à la manipulation commerciale»[38]. En effet, la preuve démontrait l'existence d'une «vulnérabilité particulière des jeunes enfants face à la manipulation exercée par les médias, leur incapacité de distinguer la fiction de la réalité ou de saisir l'intention persuasive que comporte le message et les effets secondaires des influences extérieures sur la famille et l'autorité parentale»[39]. La majorité a donc conclu que le législateur était justifié dans ses efforts «pour empêcher que les annonceurs exploitent les enfants soit en les incitant à acheter, soit en les incitant à presser leurs parents d'acheter»[40]. Naturellement, il s'agit là d'une condamnation percutante de notre mode de vie fondé sur la consommation et la commercialisation puisque, selon cette décision, nos petits chérubins doivent être complètement isolés de la publicité commerciale à laquelle, soit dit en passant, ils seront exposés toute leur vie durant. L'application du test de l'arrêt *Oakes* dans l'affaire *Irwin Toy* est d'autant plus surprenante qu'elle n'exige même pas la démonstration d'un dommage causé à un groupe vulnérable. En effet, les articles 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* ont pour but, comme le reconnaît la majorité, de protéger les parents contre les pressions de leurs enfants à la suite de l'écoute de messages publicitaires et non de protéger les enfants eux-mêmes. En somme, il est maintenant justifiable en société démocratique de restreindre la liberté d'expression lorsque cela facilite l'exercice de l'autorité parentale. Si les parents constituent un groupe vulnérable qui doit être protégé contre les pressions de leurs chérubins, il est difficile de concevoir quel groupe ne serait pas vulnérable aux effets inévitables de l'expression commerciale dans une société technologiquement avancée.

Or, il est difficile d'imaginer un seuil plus dérisoire à imposer à la notion de préoccupation urgente et réelle que celui qui a été imposé dans l'arrêt *Irwin Toy*. C'est précisément pour cette raison que la dissidence du juge McIntyre, dans l'affaire *Irwin Toy*, est d'une importance capitale lorsqu'il s'agit d'évaluer les efforts de la Cour suprême du Canada dans sa recherche pour un équilibre entre la nécessité de promouvoir une plus grande ouverture face à toutes les formes d'expression et celle de nous protéger contre les excès qui peuvent résulter de cette ouverture. Sans nier l'importance de promouvoir le bien-être des enfants, M. le juge McIntyre notait que la preuve ne démontrait nullement l'existence d'un dommage causé aux enfants et donc d'un motif suffisant pour justifier une interdiction totale de la publicité télévisée destinée aux enfants[41]. À titre de conclusion, le juge McIntyre remarquait qu'il fallait se garder de percevoir à la légère l'existence d'un danger provenant de l'exercice de la liberté d'expression et ce, même si un dommage à certains membres de la société peut être démontré:

*En conclusion, je dirai que la liberté d'expression est trop importante pour être écartée ou restreinte à la légère. Il est ironique de constater que la plupart des restrictions à la liberté d'expression, et donc au droit à la connaissance et à l'information, sont justifiées par l'argument que cette restriction est pour le bien de ceux dont les droits seront limités. C'est ce postulat qui a amené l'Église primitive à restreindre l'accès à l'information et même à interdire la diffusion et la lecture des Écritures dans une langue comprise par le peuple. L'argument selon lequel la liberté d'expression était dangereuse a été utilisé pour faire opposition à l'instruction publique à ses débuts ou pour la limiter. L'instruction pour les femmes a subi un grand retard parce qu'on disait que de plus larges connaissances ne feraient que les rendre insatisfaites de leur rôle dans la société. Je ne dis pas que les limites imposées par les art. 248 et 249 sont d'une importance colossale ni que leur maintien causerait un dommage irréparable. Je dis cependant que ces limites représentent une brèche dans un principe d'importance vitale pour une*

*société libre et démocratique et que, pour cette raison, même s'il pouvait être démontré que la publicité du type de celle qui est interdite a été préjudiciable à un ou plusieurs enfants, je serais quand même d'avis de ne pas maintenir cette restriction. Notre préoccupation devrait être de reconnaître qu'au cours de ce siècle, nous avons été les témoins de la corruption profonde de sociétés toutes entières par la suppression de la libre expression. Nous ne devrions pas à la légère faire un pas, même petit, dans cette direction.* [42]

Bien entendu, le juge McIntyre ne prétend pas que l'exercice de la liberté d'expression ne comporte que des avantages sans causer de tort. C'est l'évidence même. Il souligne plutôt qu'il faut se garder d'oublier l'importance de la liberté d'expression en société libre et démocratique lorsque l'on désire justifier une dérogation à cette liberté sur la base du fait qu'elle peut causer ou cause en fait un dommage à certains membres de la société. La protection constitutionnelle de la liberté d'expression doit être également fondée sur l'acceptation des sous-produits de cette liberté, à savoir le discours impopulaire ou manipulateur.

Si le droit de s'exprimer ne comporte pas celui de causer du tort, il ne s'ensuit pas nécessairement que le fait d'offusquer une personne ou de profiter de sa crédulité suffit pour justifier une prohibition contre toute forme d'expression qui aurait cet effet. Si tel était le cas, il serait trop facile de justifier des prohibitions contre des groupes exprimant des opinions déplaisantes sous prétexte qu'elles créent une réaction émotionnelle négative chez une partie de ceux qui les entendent. Malgré cela, le juge en chef Dickson mentionne dans l'affaire *Keegstra* que la propagande haineuse, même lorsqu'elle ne génère pas de comportements anti-sociaux à l'égard des groupes visés, cause un dommage à ses membres qui peuvent se sentir humiliés ou avilis [43]. Il est évident que les personnes visées par certaines formes de discours avilissants subissent un préjudice moral plus ou moins prononcé. Cependant, l'existence de ce genre de préjudice ne justifie pas pour autant l'intervention de l'État afin de museler les personnes qui commettent de tels écarts puisqu'il faut accepter certains sous-produits déplaisants de la liberté d'expression si l'on veut préserver l'atmosphère d'ouverture qui est essentielle au maintien de cette liberté. S'il est vrai que la propagande haineuse n'est pas une forme de discours qui encourage les valeurs de tolérance et d'égalité communiquées par la Charte elle-même, il est nécessaire de rappeler que l'article 1 n'a pas pour objectif d'autoriser le législateur à adopter des lois destinées à protéger les individus aux sensibilités les plus aigües contre ces formes de discours.

## 2. Le concept de groupe vulnérable en tant que motif justifiant des restrictions à la liberté d'expression

L'arrêt *Irwin Toy* a introduit le concept de groupe vulnérable à l'arsenal des motifs pouvant justifier une limite à la liberté d'expression. Dans cette affaire, il était nécessaire de distinguer la publicité adressée aux enfants de celle qui est adressée aux adultes afin d'éviter la conclusion selon laquelle toute forme de message visant à influencer le comportement des auditeurs peut être prohibé. Il fallait donc justifier le résultat en prétendant que le groupe visé par le message, à savoir les enfants et leurs parents, est plus vulnérable à la manipulation commerciale que d'autres groupes. Le mal visé par les articles 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* est donc la manipulation commerciale plutôt qu'un préjudice émanant directement de la publicité elle-même: si la manipulation commerciale était constitutionnellement acceptable, il n'y aurait aucune raison de prohiber la publicité pour enfant. L'arrêt *Irwin Toy* confirme donc, par le biais de la doctrine des groupes vulnérables, que la préoccupation urgente et réelle visée par le gouvernement québécois est d'empêcher que l'on profite de personnes qui, pour une raison ou une autre, sont incapables de résister à un message publicitaire. On voit mal comment cette préoccupation peut être qualifiée d'urgente et de réelle et on peut donc entrevoir le moment où nos gouvernements pourront interdire la publicité pour crème glacée sous prétexte que les personnes obèses, un groupe manifestement vulnérable à toute incitation à la surconsommation de matières grasses, ne pourraient y résister.

L'arrêt *Irwin Toy*, fut suivi, dans la même veine, par l'arrêt *Rocket c. Collège Royal des chirurgiens dentistes de l'Ontario*<sup>[44]</sup> dans lequel il a été décidé que les consommateurs de services dentaires sont un groupe vulnérable qui peut être protégé contre la publicité des dentistes ontariens en raison du fait qu'ils ne sont pas à même d'évaluer les «prétentions opposées concernant la qualité de différents dentistes»<sup>[45]</sup>. Dans cet arrêt, la Cour suprême du Canada a décidé que cette préoccupation urgente et réelle justifiait l'adoption de règlements contrôlant le contenu de ce genre de publicité, mais qu'il n'existait pas de motif justifiant une prohibition complète de ce genre de publicité puisque des informations utiles au choix des consommateurs peuvent y être communiqués. Cependant, en qualifiant les consommateurs de groupe vulnérable, la Cour suprême du Canada s'imagine-t-elle que le Canada est peuplé de consommateurs incapables de comprendre qu'ils ne peuvent discerner les bons dentistes des mauvais aussi bien qu'ils peuvent évaluer le goût du Pepsi comparé à celui du Coke? On voit mal comment la protection de nos citoyens les plus crédules peut constituer une préoccupation suffisamment urgente et réelle pour justifier une telle prohibition dans une société libre et démocratique. En autorisant l'État à réglementer la publicité des dentistes pour cette seule raison, nos tribunaux participent à un paternalisme d'État contre lequel le juge McIntyre nous a mis en garde dans l'arrêt *Irwin Toy*. Il aurait été préférable de fonder cette décision sur le fait que l'enchâssement de la liberté d'expression dans la Constitution est fondée sur les bénéfices que peuvent procurer un plus grand échange d'information et que ces bénéfices ne peuvent être obtenus que si l'information échangée est exacte, d'où l'importance de reconnaître au législateur le pouvoir d'imposer l'obligation de dire la vérité dans le cadre de toute communication commerciale destinée au public.

Il est surprenant que le principe de *caveat emptor* existe en matière contractuelle et qu'il soit oublié en matière de droits et libertés. Il n'en demeure pas moins que toute limite à la liberté d'expression fondée sur l'incapacité des consommateurs à absorber un message a pour effet de nier toute responsabilité aux consommateurs et de limiter, par le fait même, leur liberté. En effet, la liberté n'est possible que lorsque l'on est responsable de ses propres gestes puisqu'on laisse toujours un peu de notre liberté à ceux à qui on donne le droit de décider de notre propre bien. De plus, l'argument selon lequel nous sommes tous influencés par l'expression commerciale au point d'en perdre notre capacité de raisonnement est «pavlovien» à l'extrême. Est-il raisonnable de présumer que le citoyen type doit constamment être protégé contre ce qui est dit en société? Il semble que cela soit contraire au concept du citoyen libre que la Charte cherche à promouvoir par le biais de l'octroi de droits et libertés. Est-il besoin de réitérer que la liberté d'expression est protégée par la Charte alors que la protection des consommateurs contre leur propre imprudence ne l'est pas? À la lecture des arrêts *Irwin Toy* et *Rocket*, on aurait l'impression que la proposition contraire est vraie.

L'affaire *Cabaret Sex Appeal* nous procure une illustration de la confusion qui existe entre l'existence d'une préoccupation urgente et réelle pour la société en général et les préoccupations de minorités dites vulnérables. Dans cette affaire, l'objectif invoqué par la ville de Montréal consistait à supprimer les «affiches [jugées par la Ville] comme étant dégradantes et déshumanisantes pour les gens, particulièrement pour les femmes»<sup>[46]</sup>. Selon Mme le juge Piché, l'appui donné par certains groupes d'intérêt à cette réglementation démontre l'existence d'une préoccupation urgente et réelle pour la population montréalaise<sup>[47]</sup>, citant à l'appui de cette conclusion les pièces déposées en preuve par la ville de Montréal, à savoir de nombreuses pétitions, lettres de particuliers et d'organismes appuyant le projet de réglementation<sup>[48]</sup>. Si cette interprétation de l'arrêt *Oakes* et de la Charte est correcte (ce qui semble douteux), tout gouvernement élu, quelles que soient ses tendances politiques, pourrait interdire des formes d'expression sous prétexte que des pétitions ou des lettres d'appui réclament de telles mesures, à la condition bien entendu que les tests d'atteinte minimale et de lien rationnel soient satisfaits. L'affaire *Cabaret Sex Appeal* constitue en quelque sorte l'envers de la médaille générée par la doctrine des groupes vulnérables. En effet, si l'on peut protéger des groupes particularisés sous prétexte qu'ils sont vulnérables, ces groupes peuvent justifier l'existence d'une préoccupation urgente et réelle en informant leur gouvernement de leurs doléances particulières. La violence est un problème qui est d'importance générale en ce sens qu'il importe peu de déterminer quelles en sont les victimes les plus fréquentes ou les plus vulnérables: le fait de permettre la violence contre certains groupes soulève la possibilité qu'elle se généralise et c'est pour cette raison qu'il faut l'interdire.

La doctrine des groupes dits vulnérables crée le risque qu'une multitude de discours visant les vulnérabilités ou susceptibilités particulières de minorités bénéficiant d'une influence politique importante soient interdits sous prétexte qu'ils visent des groupes vulnérables qui doivent être protégés. L'exercice de toute liberté crée des gagnants et des perdants et ce sont ces perdants qui naturellement auront tendance à se percevoir en tant que victime. La liberté d'expression est particulièrement vulnérable à ce genre d'argument puisque les personnes qui sont visées par certaines formes d'expression ont tendance à se percevoir en tant que victimes d'abus de cette liberté: si tel était le cas, cette liberté serait limitée à ne dire que ce qui n'offusquera personne.

### 3. Justifications fondées sur les effets néfastes de certaines formes d'expression sur le comportement des auditeurs du message

Une des justifications les plus fréquemment invoquées au soutien de restrictions à la liberté d'expression est le fait que certaines formes de discours peuvent engendrer des comportements anti-sociaux de la part de ceux qui les écoutent. Ainsi, si l'expression elle-même n'est pas la source directe d'un mal (par exemple, la violence), elle peut néanmoins faire l'objet de restriction s'il existe une possibilité qu'elle génère un mal. Certaines prohibitions de publications obscènes et de propagande haineuse furent approuvées dans les arrêts *Butler* et *Keegstra* en partie parce que l'objectif du législateur était d'empêcher que ces formes d'expression encouragent des comportements antisociaux, tels que la violence contre les femmes ou contre certains groupes ethniques ou linguistiques, et en partie pour prohiber l'impact émotionnel causé par le message à ses victimes.

Par exemple, dans l'affaire *Butler*, la Cour suprême du Canada a décidé que l'objectif visé par l'article 163(8) du *Code criminel*<sup>[49]</sup>, dont la constitutionnalité était en jeu, est «d'empêcher le préjudice causé par la dégradation que bien des femmes ressentent en tant que 'victimes' du message d'obscénité, ainsi que l'incidence négative que le fait d'être exposé à ce matériel a sur la perception qu'on a des femmes et sur les attitudes envers elles»<sup>[50]</sup>. Il est difficile de concevoir la nature du dommage souffert par les femmes en tant que victimes du message d'obscénité puisque, contrairement à ce qui est le cas en matière de propagande haineuse, ce message n'est généralement disponible qu'à ceux qui désirent y être exposé. En réalité, le seul objectif véritablement visé est de prévenir la violence contre les femmes en prohibant la distribution de matériel «obscène», c'est-à-dire présentant les caractéristiques énoncées à l'article 163(8) du *Code criminel*.

Il est naturel de conclure que la protection des femmes et autres victimes potentielles de violence constitue une préoccupation urgente et réelle du législateur. Cependant, il est beaucoup moins évident que cela justifie, en tant que tel, une restriction à l'exercice de la liberté d'expression. Encore faudrait-il démontrer un lien de cause à effet entre cette forme de discours et le phénomène de la violence contre les femmes ou les enfants. Il est en effet loin d'être évident que cette violence soit nécessairement un sous-produit de ce genre de publication. Si tel était le cas, il faudrait également prohiber toute forme d'expression ayant un contenu violent sous prétexte qu'elle peut encourager la violence chez certaines personnes prédisposées à ce genre de comportement. Or, cette question n'a pas été posée à la Cour suprême du Canada parce que cette forme d'expression n'est pas prohibée par le *Code criminel*. Une telle décision gouvernementale aurait pour effet de prohiber une forte proportion de notre programmation télévisée pour ne laisser qu'une faible partie des vieilles productions de Walt Disney. Force est de reconnaître que la Cour suprême du Canada n'avait pas de preuve à sa disposition selon laquelle la propagande haineuse ou le matériel obscène (tel qu'ils sont définis dans le *Code criminel*) constituaient un danger immédiat pour la société en ce sens que ces formes d'expression sont à l'origine de comportements anti-sociaux. Tout au plus, la preuve démontre que certaines personnes peuvent être influencées par ce genre d'expression sans qu'il soit possible de savoir si cela résulte d'une prédisposition particulière qui a une source autre que le message lui-même.

En matière de sciences humaines, la Cour suprême du Canada ne peut que nager dans l'incertitude qui existe dans l'étude du comportement humain et se doit de décider sur la base de la preuve qui est à sa disposition.

Cependant, elle a également confirmé dans l'arrêt *Irwin Toy* que le législateur dispose «d'une certaine latitude pour formuler des objectifs légitimes fondés sur des preuves en matière de sciences humaines qui n'étaient pas totalement concluantes»<sup>[51]</sup> lorsqu'il décide d'imposer des limites à l'exercice de nos droits et libertés ou lorsqu'il doit arbitrer entre les «revendications divergentes de divers groupes de la collectivité»<sup>[52]</sup>. Elle «n'adoptera pas une interprétation restrictive de la preuve en matière de sciences humaines, au nom du principe de l'atteinte minimale, et n'obligera pas les législatures à choisir les moyens les moins ambitieux pour protéger des groupes vulnérables»<sup>[53]</sup>. L'enchâssement de nos droits et libertés dans la Constitution devrait normalement mener à la conclusion qu'en cas de doute, l'importance de protéger la liberté d'expression devrait prédominer. C'est pourtant le contraire qui a été décidé dans les affaires *Irwin Toy* et *Keegstra* principalement parce que l'arrêt *Oakes* a instauré un culte de l'objectif législatif fondamentalement important aux dépens de la protection des droits et libertés enchâssés dans la Charte: c'est l'objectif qui est important et non l'efficacité probable des mesures adoptées ou la nécessité d'y recourir pour accomplir ces objectifs.

#### 4. Conclusion

Il ressort clairement de la jurisprudence émanant de la Cour suprême du Canada en matière de liberté d'expression qu'à peu près n'importe quel objectif social, incluant des objectifs aussi anodins que celui d'«empêcher que les annonceurs exploitent les enfants soit en les incitant à acheter, soit en les incitant à presser leurs parents d'acheter»<sup>[54]</sup>, peuvent être qualifiés de fondamentalement important en vertu de l'arrêt *Oakes*. Il est également évident que le niveau de tolérance observé face à certaines formes d'expression controversée est extrêmement bas puisque la Cour suprême y voit un préjudice à la société en général ou à certains groupes dits vulnérables sans autre démonstration qu'une vague preuve selon laquelle l'expression en question est répugnante, blessante ou soupçonnée d'avoir l'effet d'engendrer des comportements antisociaux. Si la prohibition de toute forme d'expression ayant un contenu préjudiciable aussi ténu constitue, en tant que tel, un objectif social fondamentalement important en vertu de l'arrêt *Oakes*, la protection constitutionnelle accordée à la liberté d'expression en vertu des articles 1 et 2b) de la Charte ne peut qu'être émasculée au point de devenir pratiquement inexistante.

#### **D. La justification des restrictions à la liberté d'expression en tant qu'outil de politique sociale**

Il est évident que l'État doit avoir le pouvoir de protéger toute personne contre les excès de la liberté d'expression tels que la violence ou les incitation à la violence, puisque la liberté d'expression s'arrête où les droits et libertés d'autrui commencent. Cependant, nos gouvernements n'imposent pas toujours des limites à la liberté d'expression dans le seul but de prohiber de telles activités. En effet, l'arrêt *Oakes* semble maintenant autoriser nos gouvernements à adopter des restrictions à la liberté d'expression en tant que mesure visant à accomplir des objectifs sociaux autres que la prévention de préjudices émanant de l'expression elle-même. Si l'objectif législatif est suffisamment important, il est logique de conclure, à la face même de l'arrêt *Oakes*, que cet objectif justifie les moyens adoptés en raison de son importance fondamentale, telle qu'elle est établie par son caractère urgent et réel.

La lutte du Gouvernement fédéral contre le tabac et ses effets nocifs nous procure un exemple des problèmes posés par le cadre analytique adopté dans l'arrêt *Oakes*, puisque l'objectif de santé publique est incontestablement important, sinon urgent, étant donné les énormes dépenses gouvernementales associées aux maladies reliées au tabac. Cependant, la question y est posée beaucoup plus directement puisqu'aucun dommage ne résulte du message publicitaire lui-même: le seul objectif de la *Loi réglementant les produits du tabac*<sup>[55]</sup> est de provoquer une diminution de la consommation du tabac au Canada et les restrictions imposées à la liberté d'expression dans cette loi ne sont que l'instrument de cette politique gouvernementale.

Malgré son titre trompeur, la *Loi réglementant les produits du tabac* ne réglemente nullement les produits du tabac ou leur consommation[56]. Il s'agit plutôt d'une attaque en règle contre toutes les formes d'expression commerciale portant sur les produits du tabac. Cette loi est d'autant plus exhaustive qu'elle oblige les manufacturiers à n'exprimer que le point de vue du Gouvernement sur leurs emballages, à savoir les messages sur le caractère nocif de ce produit. Il y a fort à croire que l'adoption de restrictions imposées à la vente ou à la consommation de tels produits provoqueraient des conséquences politiques fâcheuses si tous nos fumeurs se voyaient obligés d'acheter leurs cigarettes aux États-Unis et si de telles mesures provoquaient des pertes d'emplois subites dans l'industrie canadienne du tabac[57]. Selon le cadre analytique de l'arrêt *Oakes*, cet objectif est manifestement urgent et réel et, par conséquent, fondamentalement important: il justifie donc, *ipso facto*, des mesures qui peuvent s'étendre aux types des restrictions imposées dans la *Loi réglementant les produits du tabac* présentement contestée par l'industrie du tabac dans l'affaire *Imperial Tobacco*.

Ce qui frappe le plus à la lecture des décisions de la Cour d'appel et de la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Imperial Tobacco*, ce n'est pas le caractère large et libéral de l'interprétation donnée à l'alinéa 2b), mais plutôt l'étendue et la portée des justifications qui peuvent être invoquées au soutien de la validité de telles restrictions en vertu de l'article 1 de la Charte. En effet, la caractéristique première du test de l'arrêt *Oakes* est celle d'exiger un examen de l'importance de l'objectif visé par le législateur pour ensuite déterminer si les restrictions adoptées pour accomplir cet objectif sont raisonnables. Il s'agit donc essentiellement d'un test fondé sur la nécessité d'autoriser nos gouvernements à adopter sans contrainte des mesures législatives lorsque, selon l'opinion de la Cour, la fin justifie les moyens adoptés. Si la fin justifie vraiment les moyens, n'est-il pas raisonnable d'exiger une preuve solide démontrant que l'objectif escompté a toutes les chances d'être accompli avant d'autoriser une restriction à la liberté d'expression?

Si des restrictions à la liberté d'expression peuvent être adoptées pour la simple raison qu'elles constituent l'un des moyens à la disposition du législateur pour accomplir un objectif donné, il deviendra fort clair que le but de l'article 1 de la Charte n'est pas seulement de confirmer que nos droits et libertés ne sont pas absolus, mais plutôt d'accorder une importance supérieure aux objectifs invoqués par l'État pour justifier les moyens adoptés pour arriver à ses fins. Si l'article 1 avait pour seul but de confirmer le caractère relatif des droits et libertés enchâssés dans la Charte, l'État n'aurait le droit de limiter ces droits que lorsque leur exercice est à la source du mal auquel on doit remédier. La théorie selon laquelle nos libertés ne sont pas absolues équivaut à dire que ces libertés n'autorisent pas tous les comportements. Lorsque, comme c'est le cas dans l'affaire *Imperial Tobacco*, nos tribunaux confirment la validité d'une restriction à la liberté d'expression qui ne vise aucunement un mal résultant de son exercice, ils confirment non seulement le caractère relatif de cette liberté, mais également le fait qu'elle est moins importante que l'objectif visé par le législateur, à savoir le combat contre le tabac et ce, malgré l'enchâssement de la liberté d'expression dans la Constitution.

En dépit du fait que la décision de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Imperial Tobacco (C.A.)* semble être en conformité avec la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, il est troublant de constater que le législateur a maintenant le droit d'adopter des mesures aussi restrictives que celles de la *Loi réglementant les produits du tabac* en invoquant pour seule justification le fait que le tabagisme constitue un problème de santé publique important. En effet, il est difficile de prétendre qu'un objectif de santé publique est visé lorsque le législateur n'est pas prêt à interdire la consommation de ces produits. Face à l'objectif de réduire la consommation de tabac par les adolescents, le législateur ontarien a adopté récemment une loi interdisant la vente de tels produits aux personnes âgées de moins de 18 ans[58]. Il serait certainement raisonnable de s'attendre à la même réaction de la part du gouvernement fédéral. Cependant, le problème soulevé par cette partie de la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Imperial Tobacco* réside non pas dans la caractérisation de la protection de la santé publique en tant que préoccupation urgente et réelle, mais plutôt dans le fait que cette conclusion n'explique pas pourquoi cette préoccupation justifie, en tant que tel, une dérogation au droit à la liberté d'expression puisque d'autres mesures peuvent aisément être adoptées sans recourir à de telles mesures draconiennes. Dans la dialectique de l'arrêt *Oakes*, cette affirmation a force de tautologie et la seule question en litige consiste à se demander si la législation a un lien rationnel avec l'objectif recherché et si elle

constitue une atteinte minimale. Il s'agit là d'un dangeureux précédent puisque ces deux derniers tests de l'arrêt *Oakes* n'imposent qu'un fardeau de justification minimal au législateur.

## **E. Conclusion**

La présente partie de cet exposé avait pour but de dénoncer l'aisance avec laquelle le législateur peut maintenant invoquer ou prouver l'existence d'un besoin urgent et réel et de démontrer que le test de l'arrêt *Oakes* n'est pas réellement «une norme sévère en matière de justification»<sup>[59]</sup>. De tous les énoncés faits dans l'arrêt *Oakes*, cette affirmation est probablement la plus fautive. En réalité, l'arrêt *Oakes* a eu pour effet d'élever toutes les préoccupations gouvernementales au-dessus de l'importance de protéger les droits et libertés enchâssés dans la Charte, et plus particulièrement la liberté d'expression. En renversant l'échelle des valeurs reconnues par la Charte pour accorder préséance aux objectifs sociaux d'importance fondamentale, la Cour suprême du Canada a effectivement nié l'importance de la liberté d'expression en société libre et démocratique pour donner préséance à des objectifs qui ne sont pas protégés par la *Charte* et a commis l'erreur d'accorder plus d'importance à l'objectif visé par le législateur qu'aux moyens utilisés pour y parvenir.

Tout comme le chant des sirènes, l'argument selon lequel des restrictions à la liberté d'expression peuvent être imposées à titre d'instrument de politique sociale est attrayant puisqu'il autorise nos gouvernements à adopter de telles restrictions en invoquant des motifs législatifs souvent plus que louables. Cependant, l'objectif de la constitutionnalisation de nos droits et libertés ne devrait pas être de s'assurer que le législateur y impose des limites de bonne foi. L'objectif de cette constitutionnalisation est d'exiger que le législateur exerce ses pouvoirs dans le plus grand respect de ces droits et libertés, quelle que soit l'importance de l'objectif législatif visé. Il semble maintenant évident que l'arrêt *Oakes* n'accomplit pas cet objectif, du moins en matière de liberté d'expression.

## **III. L'ARRÊT OAKES ET LA TRILOGIE DES PRINCIPES JURISPRUDENTIELS JUSTIFIANT LES DÉROGATIONS À LA LIBERTÉ D'EXPRESSION EN DROIT CANADIEN**

On aurait tort de penser que la doctrine de la préoccupation urgente et réelle constitue le seul outil jurisprudentiel permettant à nos tribunaux de justifier une dérogation à la liberté d'expression. En effet, la Cour suprême du Canada a ajouté à ce test trois principes supplémentaires selon lesquels nos tribunaux appliquent maintenant l'arrêt *Oakes* afin de déterminer la validité constitutionnelle d'une action gouvernementale. La présente partie de cet exposé a pour but d'examiner ces trois principes et leurs ramifications en matière de liberté d'expression.

### **A. L'arrêt Oakes et le principe de la «double analyse»: un cadre analytique qui fait abstraction de l'importance de la liberté d'expression**

Le principe de la double analyse dicte que la question de savoir si un mode ou une forme d'expression mérite la protection de la Charte sous son article 1 est distincte de celle de savoir si elle fait partie des intérêts protégés par l'alinéa 2b). Ce principe dicte également que «ces deux questions distinctes appellent deux analyses distinctes»<sup>[60]</sup>. Ainsi, dès qu'il a été déterminé qu'un droit ou une liberté a fait l'objet d'une restriction, la seule question pertinente est celle de déterminer, selon le test de l'arrêt *Oakes*, si une préoccupation urgente et réelle justifie cette limite. Dans la mesure où il est fort aisé de conclure à l'existence d'une restriction à la liberté d'expression, il semble incongru de limiter la discussion de l'importance de cette

liberté à la seule question de savoir si l'intérêt en question est couvert par l'article 2b). En matière de liberté d'expression, la question la plus importante devrait plutôt être de déterminer si la mesure législative contestée est compatible avec la raison d'être de la liberté d'expression.

Cela étant dit, le principe de la double analyse constitue un compromis qui a permis à la Cour suprême du Canada de donner une interprétation large et libérale à nos droits et libertés tout en s'accordant un vaste pouvoir d'appréciation lui permettant de justifier une action gouvernementale en vertu de l'article 1, tel que le reconnaît le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Keegstra*:

*C'est l'article premier qui exige cette double analyse dans les affaires canadiennes concernant la liberté d'expression. De fait, cette façon de procéder a permis en partie à notre Cour dans l'arrêt Ford de donner à l'al. 2b), dans les circonstances de cette affaire, une interprétation large et libérale qui le faisait s'appliquer à l'expression commerciale et d'affirmer que l'appréciation de valeurs opposées se fera «le plus souvent» dans le cadre établi par l'article premier.*[\[61\]](#)

Le juge en chef Dickson reconnaît également, dans l'affaire *Keegstra*, que le cadre analytique de l'arrêt *Oakes* peut être considéré comme un outil d'auto-justification gouvernementale, même s'il lui voit plutôt un rôle «de grande envergure et d'extrême raffinement»:

*Notre Cour a maintes fois confirmé le cadre analytique établi dans l'arrêt Oakes, et pourtant on s'induit dangereusement en erreur si l'on voit dans l'article premier une disposition rigide et empreinte de formalisme n'offrant rien d'autre qu'une dernière chance à l'état de justifier des incursions dans le domaine des droits fondamentaux. D'un point de vue purement pratique, les plaideurs qui invoquent la Charte peuvent parfois percevoir ainsi l'article premier mais, dans le droit constitutionnel de notre nation, cet article joue un rôle infiniment plus riche, un rôle de grande envergure et d'extrême raffinement.*[\[62\]](#)

On voit là un exemple flagrant de littérature juridique cherchant à enrober de lyrisme un problème qui semble à ce point évident qu'une réfutation en bonne et due forme devient nécessaire. Quel est donc le rôle infiniment plus riche et d'extrême raffinement assigné, par le juge en chef Dickson, à l'article 1? Celui-ci affirme que le texte de l'article 1 réunit «les valeurs et aspirations fondamentales de la société canadienne» puisqu'il a la «double fonction de rendre effectifs les droits et libertés garantis par la Charte et de permettre toute limite raisonnable qu'une société libre et démocratique peut avoir à y imposer»[\[63\]](#). Ne s'agit-il pas là d'objectifs contradictoires? En effet, le droit à la liberté d'expression ne peut être efficace qu'en limitant les motifs pouvant justifier une atteinte à ce droit.

Il est difficile d'affirmer qu'une interprétation large et libérale de l'alinéa 2b) vaut son pesant d'or s'il est aisé de justifier une atteinte à la liberté d'expression en vertu de l'article 1. Doit-on, par exemple, remercier la Cour suprême du Canada d'avoir reconnu, dans les arrêts *Ford* et *Irwin Toy*, que la protection constitutionnelle accordée à l'alinéa 2b) s'étend au discours commercial s'il est plus facile, en vertu de l'article 1, de justifier une atteinte à ce droit dans le contexte du discours commercial[\[64\]](#)? Dans un contexte justifiant une plus grande clémence à l'égard de telles prohibitions, seuls les tests d'atteinte minimale et de proportionnalité peuvent être invoqués pour attaquer la validité d'une action gouvernementale. Cependant, dès qu'une préoccupation urgente et réelle est invoquée dans un tel contexte, ces tests constituent malheureusement un bien mince rempart contre de telles intrusions gouvernementales.

En matière de liberté d'expression, la source du problème généré par la méthode de la double analyse réside



dans le fait que sa seconde étape, celle de l'article 1, fait complètement abstraction de l'importance qui doit être accordée à la protection de cette liberté. En effet, il est raisonnable d'examiner, en premier lieu, si une action gouvernementale porte atteinte à un droit ou à une liberté pour ensuite se demander s'il existe un motif justifiant une telle atteinte en vertu de l'article 1. Tout dépend, bien entendu, de la nature des motifs pouvant justifier une atteinte à la liberté d'expression. Par contre, le principe selon lequel toute préoccupation urgente et réelle peut justifier une atteinte à la liberté d'expression dans la mesure où les tests de proportionnalité (c'est à dire, les tests de lien rationnel et d'atteinte minimale) ont été remplis est incompatible avec l'importance que l'on doit accorder à cette liberté.

À première vue, le test de proportionnalité énoncé dans l'arrêt *Oakes* peut donner l'impression qu'il permet de soupeser l'importance de l'objectif visé par une disposition législative et l'importance que doit avoir la protection de la liberté d'expression. Malheureusement, le test de proportionnalité se subdivise en deux éléments, à savoir le lien rationnel et l'atteinte minimale, qui constituent un examen de l'étendue des mesures contestées et non une évaluation de l'importance relative de ces deux objectifs divergents. Ainsi, le test du lien rationnel vise à déterminer si la restriction est arbitraire, inéquitable ou fondée sur des considérations irrationnelles<sup>[65]</sup> en ce sens qu'elle ne saurait viser l'objectif urgent et réel invoqué par le législateur. Traduit en langage de la rue, le test de lien rationnel équivaut à se demander si le législateur était sous l'effet de drogues hallucinogènes lorsqu'il a adopté une mesure cherchant à faire face à une préoccupation urgente et réelle. Il est extrêmement difficile de démontrer que le législateur était à ce point dénué de capacité de raisonnement lorsqu'il a adopté une mesure législative qui ne saurait avoir l'effet d'accomplir l'objectif visé. Cet élément du test de proportionnalité n'a donc pas pour effet d'examiner l'importance que doit avoir la liberté d'expression en société libre et démocratique.

Le test de l'atteinte minimale est encore plus symptomatique de l'importance indue accordée au caractère urgent et réel d'une préoccupation sociale dans l'arrêt *Oakes*. En effet, ce test présuppose que l'utilisation d'une mesure limitant un droit ou une liberté est justifiée par le fait que le législateur cherche à résoudre une préoccupation sociale urgente et réelle. Si une telle préoccupation existe, le «moyen choisi doit être de telle nature à porter "le moins possible" atteinte au droit ou à la liberté en question»<sup>[66]</sup>. Ce test a été dilué considérablement depuis l'arrêt *Irwin Toy* puisque l'article 1 de la Charte «ne doit pas jouer dans tous les cas de manière à contraindre le Gouvernement à n'intervenir que de la manière qui porte le moins possible atteinte à un droit ou une liberté garantis par la Charte»<sup>[67]</sup>. En réalité, depuis l'arrêt *Irwin Toy*, le test de l'atteinte minimale a, à toutes fins pratiques, disparu puisqu'il faudrait des mesures clairement draconiennes pour qu'une législation soit déclarée inopérante à cette étape du test de l'arrêt *Oakes*<sup>[68]</sup>.

De plus, il semble que l'étendue d'une atteinte à la liberté d'expression s'apprécie globalement et non par référence à son effet sur une personne dont l'expression serait prohibée. Pour cette personne, l'atteinte n'est pas minimale puisque l'on prohibe totalement une forme d'expression qu'elle désire mettre de l'avant. Par contre, une disposition pénale telle que l'article 319 du *Code criminel*, qui prohibe la propagande haineuse, ne vise que des formes d'expression fort circonscrites, comme l'a remarqué le juge en chef Dickson dans l'affaire *Keegstra*<sup>[69]</sup>. Ainsi, le critère de l'atteinte minimale tel qu'il fut appliqué par le juge en chef Dickson, dans l'affaire *Keegstra*, n'a pas pour effet de comparer l'importance de la liberté d'expression à celle de prohiber la propagande haineuse: il a plutôt été utilisé pour justifier cette prohibition parce qu'elle vise à enrayer un mal bien reconnu, l'intolérance raciale, par le biais d'une disposition qui, somme toute, ne couvre qu'une faible proportion de l'ensemble du discours politique. Si le fait qu'une législation soit vague ou ait une portée excessive peut mener à la conclusion qu'elle porte indûment atteinte à un droit ou à une liberté, le fait qu'une loi soit bien circonscrite ne mène pas nécessairement à la conclusion qu'elle soit raisonnable en ce sens qu'elle porte minimalement atteinte à cette liberté pour ceux que cette loi vise. Il serait dommage qu'une accumulation de lois à l'étendue fort circonscrite ait l'effet de miner notre liberté d'expression pour la seule raison qu'individuellement, ces lois ne portent atteinte qu'à un petit nombre de formes d'expression. C'est pourtant ce qui ressort de l'arrêt *Keegstra*.

Ainsi, le cadre analytique de l'arrêt *Oakes* ne laisse pas de place à une évaluation de l'importance de la liberté

d'expression par opposition à l'objectif gouvernemental visé principalement parce que le postulat de base de cette décision est qu'une préoccupation urgente et réelle justifie, sans autre qualification, toute restriction qui rencontre le test de proportionnalité. Il est donc évident que l'échelle des valeurs établie dans l'arrêt *Oakes* accorde une préférence marquée à l'accomplissement d'objectifs législatifs jugés importants par notre magistrature. Envers et contre tous, les motifs du juge McLachlin, dans l'affaire *Keegstra*, divergent vaillamment de ceux du juge en chef Dickson précisément sur l'importance d'évaluer la légalité de cette législation en fonction de l'importance et des fondements philosophiques de la liberté d'expression[70]. Mme le juge McLachlin note, par exemple, que la liberté d'expression est unique parce qu'elle vise à maintenir la qualité et l'étendue du débat public:

*La première façon dont la liberté d'expression peut être unique a déjà été évoquée dans le contexte de l'examen de la base philosophique de la liberté d'expression. Le droit d'exprimer complètement et ouvertement ses vues sur des questions sociales et politiques est fondamental à notre démocratie et, partant, à tous les autres droits et libertés garantis par la Charte. Sans liberté d'expression, des droits peuvent être limités sans recours possible devant le tribunal de l'opinion publique. Or certaines restrictions imposées à la liberté d'expression peuvent être nécessaires et justifiées et tout à fait compatibles avec une société libre et démocratique. Cependant les restrictions qui touchent au coeur même du débat social et politique appellent un examen particulièrement minutieux en raison des dangers inhérents à toute censure à laquelle l'État pourrait soumettre un tel débat. Cela prend une importance particulière sous le régime de l'article premier de la Charte, qui exige expressément que le tribunal examine si les restrictions sont raisonnables et justifiées dans le cadre d'une société libre et démocratique.[71]*

La dissidence de Mme le juge McLachlin débute d'ailleurs avec un énoncé des théories philosophiques justifiant la protection de la liberté d'expression en passant par la nécessité de favoriser le «libre échange d'idées qui est indispensable à la démocratie et au fonctionnement des institutions démocratiques»[72], ou de créer «un marché des idées où des idées rivales se disputent la suprématie afin de faire surgir la vérité»[73] pour finir avec la théorie selon laquelle toute forme d'expression a une valeur intrinsèque[74]. Cette longue dissertation sur les justifications philosophiques de la liberté d'expression se termine enfin par une référence aux trois valeurs qui sous-tendent la garantie de liberté d'expression énoncée à l'alinéa 2b), telle qu'elle est énoncée dans l'arrêt *Irwin Toy*[75]: «la recherche de la vérité; la participation à la prise de décision d'intérêt social et politique; et l'enrichissement et l'épanouissement personnels». Malgré tout, c'est en vain que la minorité dans l'arrêt *Keegstra* s'est attaquée à une échelle des valeurs intrinsèquement hostile à tout argument favorisant la protection de la liberté d'expression face à une «préoccupation urgente et réelle», quelles que soient l'importance et les caractéristiques de la liberté d'expression.

Dans une certaine mesure, la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Keegstra* est symptomatique du problème créé par le cadre analytique adopté dans l'affaire *Oakes* et par le principe de la double analyse. Comme dans l'affaire *Irwin Toy*, on y chante les louanges de la liberté d'expression dans le cadre de l'analyse portant sur l'étendue de l'alinéa 2b) pour ensuite mettre de côté l'importance de cette liberté dans le but d'examiner le caractère urgent et réel de l'objectif législatif visé par le Parlement. Ni l'arrêt *Oakes*, ni le principe de la double analyse ne permettent un examen de l'importance du principe de la liberté d'expression par opposition à l'idéal démocratique qui permet au législateur de se faire la voix du public afin de répondre à ses attentes et à ses préoccupations urgentes et réelles. C'est précisément sur cette question fondamentale que porte la dissidence de Mme le juge McLachlin, dans l'affaire *Keegstra*, et c'est précisément cette question que pose l'article 1 de la Charte. Malheureusement, le principe de la double analyse et l'arrêt *Oakes* ne permettent pas à nos tribunaux d'y répondre.

## **B. L'approche contextuelle: vers une protection constitutionnelle de la liberté d'expression fondée sur une appréciation subjective de la valeur du discours**

L'approche dite contextuelle autorise les tribunaux à assigner une valeur à la protection de la liberté d'expression selon le contexte dans lequel cette liberté est exercée[76]. Ainsi, une atteinte à la liberté d'expression peut se justifier plus facilement dans le contexte de la réglementation du discours commercial que dans le contexte d'actions gouvernementales impliquant des restrictions au discours politique[77]. En autorisant nos tribunaux à assigner une valeur intrinsèque au contenu de l'expression visée par une prohibition, la Cour suprême du Canada a considérablement miné l'étendue de la protection constitutionnelle accordée par l'article 2 de la Charte. Dans une certaine mesure, la méthode contextuelle est la conséquence directe du cadre analytique adopté dans l'arrêt *Oakes* puisque le test qui y est énoncé est fondé sur l'importance relative de l'objectif législatif par opposition à l'importance de protéger la liberté d'expression: si un ordre d'importance doit être assigné, il est nécessaire d'attribuer une valeur à ces objectifs opposés. En adoptant l'approche dite contextuelle, la Cour suprême du Canada a donc décidé que la protection de la liberté d'expression n'est pas une valeur supérieure en soi et s'est donné le droit d'assigner une valeur à chaque forme d'expression. Il semble que cela soit contraire à l'esprit même de l'alinéa 2b) de la Charte puisque la protection accordée par la Charte ne devrait pas dépendre de la valeur intrinsèque de l'expression.

La plus grande victime de cette théorie est, naturellement, l'expression dite commerciale qui vise à permettre à son auteur de faire de l'argent plutôt que de participer aux débats politiques et artistiques nécessaires à la vie en démocratie. L'expression commerciale est souvent la victime d'une réprobation judiciaire de tout ce qui touche de près ou de loin le profit et le commerce qui constituent après tout, aux côtés du mensonge et de la violence, les péchés mortels les mieux connus du panthéon judéo-chrétien. C'est peut-être pour cette raison que la Cour suprême du Canada s'est portée aux secours des groupes vulnérables que constituent les enfants (ou plutôt leur pauvres parents) et les consommateurs de services dentaires dans les arrêts *Irwin Toy* et *Rocket*, tout en exprimant sa désapprobation de tout comportement visant à exploiter les victimes de la publicité.

En matière de liberté d'expression commerciale, il semble que la Cour suprême du Canada ait sauté, sans justification adéquate, à la conclusion que ce genre d'expression mérite une protection atténuée en vertu de l'article 1 de la Charte. Bien entendu, la capacité de publiciser des jouets pour enfants, les services d'un dentiste ou les produits du tabac n'est pas un élément essentiel de la vie en société démocratique puisque ces formes d'expression n'ont rien de politique. Par contre, les bienfaits de la liberté d'expression sont tout aussi importants en matière commerciale qu'en matière politique puisqu'ils permettent au consommateur de faire un choix en se fondant sur des messages qui ne proviennent pas seulement de l'État mais également de toutes les personnes intéressées à commercialiser un produit. La liberté d'expression commerciale mérite une protection aussi vigoureuse que dans le domaine politique mais pour des raisons différentes (en particulier, favoriser l'efficacité de nos marchés financiers). La Charte protège aussi bien la liberté d'expression commerciale que les autres formes d'expression et l'article 1 de la Charte exige que nos tribunaux portent un jugement de valeur entre l'importance de protéger toutes ces formes d'expression et celle d'accomplir un objectif législatif. Cependant, la méthode dite contextuelle a été utilisée non pas pour faciliter la tâche de soupeser les intérêts divergents en jeu mais plutôt pour porter un jugement de valeur sur la nature de l'expression en question afin de la déprécier face à l'objectif urgent et réel invoqué par l'État. La dépréciation de l'expression commerciale dans l'affaire *Irwin Toy* était particulièrement nécessaire étant donné l'importance douteuse de l'objectif législatif invoqué dans cet arrêt lorsqu'elle est comparée à l'importance de protéger la liberté d'expression.

Ce commentaire s'applique également en matière de discours politique puisque le danger associé à certaines formes de discours politique réside souvent dans la peur que certaines théories extrémistes soient adoptées par l'électorat tout simplement parce qu'elles ont été exprimées. C'est d'ailleurs ce que le juge en chef Dickson affirme en citant, dans l'arrêt *Keegstra*, une des conclusions du rapport Cohen, à savoir que «les gens peuvent être persuadés de presque n'importe quoi»[78]. Lorsque le message est mauvais et que certains contribuables

visés par ce message sont crédules, est-il nécessaire d'interdire le message? S'il est vrai qu'il se trouvera toujours des personnes pour croire en des théories aussi absurdes que celles de M. Keegstra, il ne s'ensuit pas pour autant que l'intégrité de notre système politique est menacée par l'expression de ces opinions.

Lorsque l'on examine l'importance de protéger la liberté d'expression, il ne faut pas oublier que cette liberté ne vise pas seulement à préserver le droit d'exprimer certains faits ou opinions mais également à maintenir une atmosphère démocratique dans laquelle le plus grand nombre d'opinions peuvent être exprimées. En prohibant certaines formes d'expression jugées rébarbatives par certains segments de la population, on risque de paralyser toute une gamme d'expressions qui sont nécessaires à la vie en démocratie. Cet effet paralysant devrait, comme le souligne Mme le juge McLachlin dans l'arrêt *Keegstra*<sup>[79]</sup>, être pris en considération dans le contexte de l'analyse dictée par l'article 1 de la Charte. Malheureusement, l'approche contextuelle se concentre sur la valeur du discours plutôt que sur l'effet que pourrait avoir cette prohibition si elle était appliquée à la lettre à tout discours que l'on pourrait qualifier de haineux envers certains segments de la société. Après avoir qualifié, avec raison, les propos de M. Keegstra d'attaques contre les valeurs démocratiques, le juge en chef Dickson conclut que la protection de la propagande haineuse ne fait pas «partie intégrante de l'idéal démocratique qui forme un élément tellement fondamental de la raison d'être de l'al. 2b)»<sup>[80]</sup>. Toutefois, le juge en chef souligne plus loin que «la protection de déclarations extrêmes, même lorsqu'elles attaquent les principes qui sous-tendent la liberté d'expression, n'est pas tout à fait étrangère aux objets de l'al. 2b) de la Charte»<sup>[81]</sup>. D'ailleurs, le juge en chef note au passage que les arguments portant sur l'effet paralysant de telles prohibitions «ont un certain mérite»<sup>[82]</sup>, mais il conclut que «les restrictions imposées à la propagande haineuse visent une catégorie particulière d'expression qui s'écarte beaucoup de l'esprit même de l'al. 2b)»<sup>[83]</sup> et que «des restrictions imposées à des expressions de ce genre [sont] plus faciles à justifier que d'autres atteintes à l'al. 2b)»<sup>[84]</sup>. Si l'on suivait ce raisonnement jusqu'à sa conclusion logique, l'État aurait le pouvoir d'adopter des prohibitions contre toute forme de dissidence aux principes élaborés dans la Charte ou l'Acte constitutionnel de 1982 sous prétexte que le peuple ne peut absorber de tels messages sans se laisser charmer par leur caractère anti-démocratique. En attribuant à la propagande haineuse un sceau de réprobation dans le but de mieux la prohiber, le juge en chef s'est effectivement permis de passer sous silence l'un des effets les plus perniciosus de toute prohibition à la liberté d'expression.

Le droit à la liberté d'expression est accordé à toutes les formes d'expression, qu'elles soient absurdes ou bien fondées, ou qu'elles soient politiques, artistiques ou commerciales. Ce droit est relatif et nos tribunaux ont pour tâche de porter les jugements de valeur nécessaires à l'application de l'article 1 de la Charte. Cependant, ils doivent également se garder d'attaquer la valeur intrinsèque de l'expression prohibée pour mieux justifier une prohibition qui pourrait avoir de graves répercussions sur la liberté d'expression en général. La liberté d'expression vise à protéger le droit d'être dans l'erreur et celui d'exprimer ses erreurs en public. Si tel n'était pas le cas, l'État aurait le pouvoir de décider qui a raison et de censurer les autres.

### **C. Le principe de la déférence judiciaire: un aveu d'impuissance en matière de preuve impliquant les sciences humaines**

La seule partie du test de l'arrêt *Oakes* qui impose une limite aux moyens que le législateur peut utiliser pour faire face à une préoccupation urgente et réelle est le test de l'atteinte minimale qui exige que le législateur adopte la méthode la moins restrictive pour accomplir ses objectifs. Ce test a, à toutes fins pratiques, été éliminé par le principe de la déférence judiciaire aux choix adoptés par le législateur. Ce principe a été reconnu par la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Irwin Toy*, et il prévoit que le législateur dispose «d'une certaine latitude pour formuler des objectifs légitimes fondés sur des preuves en matière de sciences humaines qui n'étaient pas totalement concluantes»<sup>[85]</sup> lorsqu'il décide d'imposer des limites à l'exercice de nos droits et libertés ou lorsqu'il doit arbitrer entre les «revendications divergentes de divers groupes de la collectivité»<sup>[86]</sup>. Dans l'arrêt *Irwin Toy*, la Cour suprême du Canada a également reconnu, tel que nous l'avons mentionné plus haut, qu'elle «n'adoptera pas une interprétation restrictive de la preuve en matière de

sciences humaines, au nom du principe de l'atteinte minimale, et n'obligera pas les législatures à choisir les moyens les moins ambitieux pour protéger des groupes vulnérables»[87]. Il s'agit là d'un virement de cap évident visant à renverser (sans le dire tout haut) le test de l'atteinte minimale qui prévoyait, dans l'arrêt *Oakes*, que «le moyen choisi doit porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question»[88]. Il faut néanmoins noter que le test de l'atteinte minimale a été utilisé pour questionner l'étendue des mesures restrictives adoptées par le législateur dans les arrêts *Rocket*[89] et *Zundel*[90] afin de justifier l'invalidation de lois qui prohibent un trop grand nombre d'expression[91].

Il aurait été surprenant que la Cour suprême du Canada continue à s'accorder le droit d'invalidier des lois tout simplement parce qu'elle peut songer à des alternatives moins restrictives. Si notre plus haut tribunal avait préservé le test de l'atteinte minimale, il se serait transformé en Sénat composé de neuf personnes ayant pour tâche de déterminer, lorsque faire se peut, quelle est la meilleure façon d'accomplir un objectif législatif donné. L'exercice de la fonction judiciaire comporte des limites qui peuvent difficilement être contournées. Par exemple, on peut seulement prouver le présent ou des faits et événements passés, mais un tribunal ne peut pas toujours déterminer à l'avance, même sur la base d'une preuve d'expert, ce que nous réserve le futur. En imposant un test d'atteinte minimale, on demande aux tribunaux quelle est la mesure législative qui affectera le moins un droit ou une liberté tout en accomplissant l'objectif législatif visé. Dans le domaine politique, le passé n'est pas toujours garant du futur, et c'est probablement pour cette raison que la majorité de la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Keegstra*, n'a pas jugé bon de prendre en considération le fait que l'Allemagne pré-Hitlérienne possédait des lois prohibant la propagande haineuse et que ces lois n'ont pas empêché les nazis de prendre le pouvoir[92].

Dans cette optique, l'affaire *Imperial Tobacco*, tout comme les affaires *Butler* et *Keegstra*, a ceci de particulier que l'utilité et l'efficacité des restrictions imposées par la *Loi réglementant les produits du tabac* demeure douteuse non parce que le procureur général du Canada s'appuie de mauvaise foi sur de mauvaises études scientifiques, mais plutôt parce qu'il est pratiquement impossible de prouver l'effet futur de cette loi. Notre système judiciaire a souvent de la difficulté à prouver des événements passés, et il est donc doublement difficile d'exiger une preuve d'événements futurs afin de démontrer l'efficacité ou l'utilité d'une mesure législative. À titre d'exemple, l'objectif allégué par le procureur général du Canada au soutien de la *Loi réglementant les produits du tabac* était celui de mettre un frein à une publicité qui vise «à maintenir la respectabilité du tabac, tout en minimisant les effets sur la santé, à rassurer les fumeurs hésitants, à créer une aura autour des produits du tabac, et à inciter les jeunes à fumer» étant donné les effets nocifs du tabac[93]. Dans l'arrêt *Imperial Tobacco (C.A.)*, M. le juge LeBel reconnaît volontier «qu'il n'existe pas, dans le dossier, de preuve démontrant que, suivant le critère de la preuve civile de la balance [sic], l'interdiction réussirait à accomplir cet objectif»[94]. Il note aussi que certains pays où l'on a interdit la publicité sur les produits du tabac n'ont pas réussi à réduire la consommation de ces produits et que cette consommation aurait parfois augmenté[95]. La question en litige était donc de déterminer si le procureur général du Canada doit démontrer d'avance l'utilité et l'efficacité de ces restrictions avant même qu'elles aient été mises en oeuvre. Selon la majorité de la Cour d'appel dans l'affaire *Imperial Tobacco*, l'État n'a que le fardeau d'établir que «le choix adopté fait partie des mesures qui, possiblement, pour un législateur agissant raisonnablement, permettront d'atteindre l'objectif recherché»[96]. Cet énoncé du fardeau de preuve en matière d'atteinte minimale est, en substance, identique à celui qui a été adopté dans l'arrêt *Irwin Toy*[97]. Malgré sa conclusion sur l'absence de preuve établissant l'efficacité des mesures adoptées dans cette loi, la majorité de la Cour d'appel a décidé que ces mesures seront peut-être efficaces et qu'elles peuvent, par conséquent, être valablement adoptées étant donné l'importance de l'objectif visé.

La décision de la Cour d'appel du Québec, dans l'affaire *Imperial Tobacco*, est, à ce sujet, aux antipodes de la décision de la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Ford*, qui traitait de la validité constitutionnelle des articles 58 et 69 de la *Charte de la langue française*[98]. Dans l'arrêt *Ford*, qui précède de près l'arrêt *Irwin Toy*, la Cour suprême du Canada a déclaré ces dispositions inopérantes parce qu'il «n'a pas été démontré que l'interdiction, par les art. 58 et 69, de l'emploi d'une langue autre que le français est nécessaire pour défendre et pour améliorer la situation de la langue française au Québec ni qu'elle est proportionnée à cet objectif

législatif»[99]. Ce faisant, la Cour suprême faisait allusion au fait que le procureur général du Québec n'avait pas déposé de preuve à cet égard, préférant plaider que les tribunaux se devaient de faire preuve de déférence judiciaire à l'égard du choix du législateur en matière de réglementation dans le domaine de l'expression commerciale[100]. Si cette décision devait être rendue à la lumière des arrêts *Irwin Toy* et *Keegstra*, il y a fort à croire que le résultat serait différent puisque le législateur québécois aurait sans doute pu démontrer qu'il «était raisonnablement fondé, compte tenu de la preuve offerte, à conclure qu'interdire [l'affichage en une langue autre que le français] portait le moins possible atteinte à la liberté d'expression étant donné l'objectif urgent et réel que visait le gouvernement»[101]. Ceci est d'autant plus probable étant donné le fait que la Cour suprême du Canada n'a pas «[adopté] une interprétation restrictive de la preuve en matière de sciences humaines, au nom du principe de l'atteinte minimale, et n'obligera pas les législatures à employer les moyens les moins ambitieux pour protéger des groupes vulnérables»[102].

Le test de l'atteinte minimale était, avant son décès prématuré dans les arrêts *Irwin Toy* et *Keegstra*, le dernier vestige de l'importance accordée par notre Charte aux droits et libertés qui y sont énoncés. En effet, seul ce test exigeait une limite aux moyens adoptés pour accomplir des objectifs législatifs qualifiés de fondamentalement important. Même si l'on accepte la définition extrêmement étendue de ce que constitue un objectif social fondamentalement important tel qu'il est énoncé dans l'arrêt *Oakes*, il est important de noter que la Charte impose des limites aux moyens adoptés par le législateur pour accomplir ses objectifs, et non pas aux objectifs eux-mêmes. Nos tribunaux ont un rôle politique à jouer dans le cadre de l'application de la Charte et ne devraient pas se décharger de cette tâche en prétendant que les questions posées par la *Charte* ne sont pas de nature purement juridique. En éliminant le test de l'atteinte minimale, la Cour suprême du Canada a effectivement décidé que nos droits et libertés ne peuvent être respectés que lorsque l'État décide de ne pas adopter de restrictions à ces droits et libertés.

## D. Conclusion

Les trois principes décrits plus haut sont les corollaires inévitables du test établi dans l'arrêt *Oakes* et de la prémisse selon laquelle un objectif législatif qualifié d'urgent et de réel peut justifier une dérogation à un droit ou à une liberté. Dans la mesure où l'on accepte cette prémisse, il n'est pas nécessaire de soupeser l'importance du droit ou de la liberté en question en relation avec l'objectif visé par le législateur, d'où le principe de la double analyse reconnu dans l'arrêt *Keegstra*. De plus, toute chose étant relative, l'importance d'un droit ou d'une liberté doit dépendre du contexte social dans lequel s'exerce l'autorité législative puisque après tout, l'objectif du législateur peut avoir préséance lorsque le contexte ou des préoccupations urgentes le justifient. Finalement, nos tribunaux ne sont pas particulièrement bien équipés pour faire face à de telles questions sociales et il est naturel qu'ils veuillent limiter leur champ d'intervention aux situations où l'intervention du Gouvernement dépasse clairement les bornes du raisonnable[103]. À première vue, il est peut-être difficile de remarquer la raison pour laquelle cette méthode d'analyse affaiblit la protection accordée à la liberté d'expression. Il n'en demeure pas moins que l'existence d'une préoccupation urgente et réelle est souvent facile à démontrer puisque le législateur agit rarement à mauvais escient lorsqu'il fait face à des problèmes sociaux. Le simple fait que seules trois décisions de la Cour suprême du Canada aient nié l'existence d'une préoccupation urgente et réelle justifiant une dérogation à un droit ou à une liberté[104] constitue une démonstration éloquente que cet aspect du test de l'arrêt *Oakes* ne constitue pas une protection efficace de nos droits et libertés et ce, malgré sa référence à la notion d'urgence.

## IV. ÉLABORATION D'UNE SOLUTION DE REMPLACEMENT À L'ARRÊT OAKES EN MATIÈRE DE LIBERTÉ D'EXPRESSION

S'il est aisé de critiquer nos tribunaux et les solutions qu'ils ont adoptées en matière de droit constitutionnel, il

est souvent plus difficile de suggérer un cadre analytique qui résout les problèmes créés par ces solutions judiciaires. On aurait d'ailleurs tort de penser que l'arrêt *Oakes* est exempt de critique et qu'il n'est pas susceptible d'être modifié. Par exemple, l'arrêt *Irwin Toy* a effectivement modifié ce test en éliminant le critère de l'atteinte minimale. L'arrêt *Oakes* n'est qu'un premier essai dans la tâche d'élaborer un cadre analytique pour l'analyse de tout argument fondé sur l'article 1 de la Charte. En effet, la Cour suprême du Canada était au départ fort soucieuse de limiter les motifs sur lesquels l'État peut se fonder pour justifier une disposition législative, comme on le remarque dans l'affaire *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)* [105]. Néanmoins, avec un certain recul, il est nécessaire de reconnaître que le test de l'arrêt *Oakes* n'exige qu'une simple preuve de bonne foi gouvernementale. La question qui se pose maintenant est de déterminer si cela est suffisant pour justifier une atteinte à un droit ou à une liberté garanti par la Charte.

Les affaires *Irwin Toy* et, dans une certaine mesure, *Slight Communications* ont été les premiers champs de bataille dans lesquels cette question a été débattue. Ces décisions portaient toutes deux sur des formes d'expression qui n'avaient aucune valeur sociale évidente et l'on devait se demander si, malgré tout, ces formes d'expression devaient être protégées. La question qui se posait dans ces arrêts était celle de déterminer si un objectif gouvernemental valable justifie, en tant que tel, l'utilisation de tous les moyens, y compris des restrictions aux droits et libertés protégés par la Charte. Les dissidences des juges Beetz et McIntyre ont souligné le fait que les motifs d'intervention soulevés par l'État dans ces deux affaires ne justifiaient pas les mesures adoptées malgré l'existence d'une préoccupation urgente et réelle. Depuis ces arrêts, la Cour suprême du Canada a penché en faveur de la théorie selon laquelle la fin justifie tous les moyens si l'objectif visé est valable. En donnant primauté à l'intention du législateur, la Cour suprême du Canada s'est rapprochée imperceptiblement mais sûrement du principe de la suprématie parlementaire qui régnait avant l'adoption de la Charte.

Si nos tribunaux ne sont pas enclins, comme c'était d'ailleurs le cas aux débuts de la *Déclaration canadienne des droits* [106], à donner une protection constitutionnelle vigoureuse à nos droits et à nos libertés, il aurait été préférable de ne pas les enchâsser dans notre Constitution et de s'éviter les conflits constitutionnels qui y sont associés. Dans la mesure où l'on reconnaît la nécessité de donner une plus grande vigueur à la constitutionnalisation de la liberté d'expression, il faut remettre en question les fondements mêmes de l'arrêt *Oakes* pour redéfinir le rôle de tribunaux sous l'article 1. Pour ce faire, certains mythes judiciaires nés dans la première décennie de la Charte doivent être dénoncés afin de remplacer le cadre analytique de l'arrêt *Oakes* par un nouveau cadre analytique qui favoriserait un plus grand interventionnisme judiciaire.

### **A. Le mythe de l'uniformité du cadre analytique applicable en vertu de l'article 1 de la Charte**

Le premier mythe émergent de l'arrêt *Oakes* réside dans l'affirmation selon laquelle on peut déterminer ce que constitue une limite raisonnablement justifiable en société libre et démocratique en adoptant un cadre analytique uniformément applicable à tous les droits et à toutes les libertés énoncés dans la Charte. Pour ce faire, la Cour suprême a adopté un cadre analytique qui est délibérément vague, sinon fondé sur un concept vide de contenu, c'est-à-dire le concept de préoccupation urgente et réelle. Si le test de l'arrêt *Oakes* avait été énoncé de façon plus restrictive, il n'aurait pas pu s'appliquer à la fois aux garanties juridiques énoncées aux articles 7 à 13 de la Charte et aux libertés civiles énoncées à l'article 2. Naturellement, le résultat est qu'à peu près n'importe laquelle préoccupation urgente et réelle peut justifier une limite à n'importe quel droit ou liberté et que le test de l'arrêt *Oakes* est appliqué mécaniquement, sans égards aux caractéristiques particulières de chaque droit ou liberté et ce, malgré les avertissements du juge La Forest dans l'affaire *États-Unis d'Amérique c. Cotroni* [107].

Il serait difficile de prétendre que les considérations qui sont pertinentes aux limites qui peuvent se justifier en matière de droit à la justice fondamentale puissent être les mêmes que celles qui sont applicables à la liberté

d'expression. L'enchâssement constitutionnel de chacun de ces droits avait un but spécifique qui, à son tour, doit être pris en considération dans le cadre de toute analyse sous l'article 1 de la Charte. Ainsi, les droits énoncés dans les articles 7 à 13 de la Charte ont pour but de s'assurer que l'État n'incarcère pas d'individus sans observer les principes de justice fondamentale qui minimisent la possibilité d'erreur judiciaire. L'intégrité et l'indépendance de notre système judiciaire, telles que protégées par ces dispositions, soulèvent des considérations constitutionnelles qui sont propres à ces droits et qui n'ont aucune relation avec celles qui sont applicables à la liberté d'expression.

Il est donc nécessaire d'adapter le cadre analytique de l'article 1 de façon à ce qu'il prenne en considération les caractéristiques et les fonctions particulières de chaque droit ou liberté. En d'autres mots, l'article 1 doit être appliqué selon une méthode téléologique qui prend en considération la fonction du droit ou de la liberté afin de lui accorder préséance particulièrement lorsqu'une restriction menace la fonction même du droit ou de la liberté. Par exemple, la liberté d'expression a pour but de permettre un plus grand échange d'informations et d'opinions et toute restriction qui menacerait l'accomplissement de cette fonction de l'alinéa 2b) ne saurait être justifiable dans une société démocratique que lorsque l'on cherche à protéger les droits d'autrui (par exemple, en matière de libelle diffamatoire<sup>[108]</sup>). Pour ce faire, il est également nécessaire d'abandonner le concept de préoccupation urgente et réelle puisque, de toute façon, il n'a aucun rapport direct avec les fondements de nos droits et libertés: il suggère plutôt que nos droits et libertés doivent céder le pas à toute préoccupation législative adoptée de bonne foi.

L'analyse de Mme le juge McLachlin, dans l'affaire *Keegstra*, constitue un bon exemple de ce genre d'analyse. Même si tous les éléments du test de l'arrêt *Oakes* y ont été examinés, elle note, après avoir conclu à l'existence d'une préoccupation urgente et réelle, que la véritable question en l'espèce est la suivante:

*La véritable question en l'espèce [...] est celle de savoir si le moyen „ l'interdiction pénale de la fomentation volontaire de la haine „ est proportionnel et adapté à l'objet de la suppression de la propagande haineuse afin d'assurer le maintien de l'harmonie sociale et de la dignité individuelle. [...] La question ultime est de savoir si cet objectif a une importance suffisante pour justifier la restriction imposée à la liberté d'expression par le par. 319(2) du Code criminel. Pour répondre à cette question, non seulement le tribunal doit-il prendre en considération l'importance du droit ou de la liberté en cause et l'importance de la restriction apportée, mais encore doit-il déterminer si la façon dont la restriction est imposée peut se justifier. Quelle est la gravité de la violation de la liberté garantie par la Constitution, en l'occurrence la liberté d'expression? Dans la pratique, la mesure restrictive permettra-t-elle vraisemblablement d'atteindre l'objectif visé? La mesure a-t-elle une portée trop large ou est-elle plus envahissante qu'il ne le faut? En dernière analyse, eu égard à tous ces facteurs, l'avantage à tirer du texte législatif l'emporte-t-il sur la gravité de l'atteinte? Telles sont les considérations pertinentes à la question de la proportionnalité de la loi restrictive.<sup>[109]</sup>*

Mme le juge McLachlin note ensuite que, dans le cadre du test de proportionnalité, il faut également prendre en considération la nature même de la liberté d'expression et sa fonction en société libre et démocratique:

Une autre considération générale pertinente dans l'appréciation de valeurs pour les fins du critère de proportionnalité en l'espèce concerne directement la nature de la liberté d'expression. La liberté d'expression est unique parmi les droits et libertés garantis par la Charte, *et ce à deux titres.*

*La première façon dont la liberté d'expression peut être unique a déjà été évoquée dans le contexte de l'examen de la base philosophique de la liberté d'expression. Le droit d'exprimer complètement ses vues sur des questions sociales et politiques est fondamental à notre démocratie et, partant, à tous les autres droits et libertés garantis par la Charte.*



[...]

*Une seconde caractéristique propre à la liberté d'expression est que les restrictions qui lui sont imposées tendent à avoir un incidence sur d'autres expressions que celles visées. C'est ce qu'on appelle aux États-Unis l'effet paralysant [«chilling effect»].*[\[110\]](#)

Tel que nous l'avons précisé plus haut, ces considérations ne font pas partie du test de l'arrêt *Oakes* puisque le test de proportionnalité n'exige maintenant que la démonstration d'un lien rationnel.

Ce qu'il faut retenir de l'analyse suggérée par le juge McLachlin, dans l'affaire *Keegstra*, c'est que les fondements philosophiques qui ont justifié l'enchâssement de la liberté d'expression dans la Constitution doivent être pris en considération dans le cadre de l'analyse sous l'article 1 de la Charte. Tous les droits et toutes les libertés enchâssés dans la Charte ont leurs propres fondements philosophiques et sont donc uniques, chacun à sa façon. Il serait absurde d'imposer une analyse uniforme à tous ces droits et libertés et, pourtant, c'est ce que les arrêts *Oakes* et *Irwin Toy* suggèrent en établissant un test fondé non sur l'importance du droit ou de la liberté en question, mais plutôt sur l'importance de l'objectif visé par le législateur qui, selon ces arrêts, justifie toute mesure rationnellement reliée à ces objectifs. En se concentrant uniquement sur l'importance de l'objectif législatif, on oublie le coût des mesures adoptées pour accomplir cet objectif en termes de droits et libertés, car il est toujours plus efficace d'éliminer toute contrainte à l'exercice du pouvoir de l'État si l'on veut favoriser l'accomplissement de ses fins.

L'article 1 exige un examen des moyens adoptés pour atteindre les objectifs fixés, et le fait qu'un objectif soit important ne devrait pas, à lui seul, justifier n'importe laquelle restriction à un droit ou à une liberté. En se concentrant sur des questions qui sont extrinsèques aux caractéristiques et aux fondements philosophiques de la liberté d'expression, à savoir l'existence d'une préoccupation urgente et réelle, il est naturel que l'on perde de vue l'importance de protéger cette liberté. Le même commentaire s'applique à tous les droits et libertés garantis par la Charte.

## **B. Le mythe de l'émascation du pouvoir parlementaire**

Le second mythe créé par l'arrêt *Oakes* provient de l'affirmation selon laquelle une application littérale de la Charte paralyserait toute action gouvernementale visant à atteindre des objectifs sociaux fondamentalement importants. Il s'agit en quelque sorte d'une réitération de la peur exprimée par Mme le juge Wilson dans l'affaire *Singh*, à savoir qu'une norme d'application trop rigoureuse risquerait «d'entraver indûment l'action gouvernementale»[\[111\]](#). Depuis l'arrêt *Oakes*, la Cour suprême du Canada s'est clairement déclarée en faveur de maintenir une très grande latitude au législateur de façon à lui permettre d'atteindre ces objectifs. Cette attitude judiciaire a eu pour effet, du moins en matière de liberté d'expression, de rétablir une suprématie parlementaire qui aurait dû être considérablement réduite à la suite de l'adoption de la Charte. Le mythe de l'émascation de l'État a sa source dans l'affirmation selon laquelle la prohibition constitutionnelle de certains moyens pour atteindre des objectifs législatifs, empêche ceux-ci d'être atteints. Tel que l'expérience américaine le démontre clairement, il n'existe aucune preuve selon laquelle le respect des droits et libertés soit incompatible avec tous les objectifs législatifs importants, et il est surprenant qu'une affirmation gratuite aussi ahurissante soit maintenant la source de toute la doctrine de justification gouvernementale sous l'article 1 de la Charte.

## C. Le mythe de l'identification de la démocratie aux concepts d'égalité sociale et autres objectifs enchâssés dans la Charte

Il est intéressant de noter que l'affirmation selon laquelle nos droits et libertés ne doivent pas empêcher l'accomplissement d'objectifs sociaux fondamentalement importants a donné naissance, dans l'arrêt *Oakes*, à un culte de l'objectif législatif qui associe l'État démocratique à certains objectifs qui lui sont, selon la Cour suprême du Canada, intrinsèquement caractéristiques. Cette affirmation équivaut à prétendre que l'État peut restreindre nos droits et libertés sans contrainte lorsqu'il cherche à promouvoir des valeurs dites démocratiques. Il s'agit là de l'un des sous-produits les plus importants du cadre analytique de l'arrêt *Oakes*, tel qu'on le remarque dans l'extrait suivant des motifs du juge en chef Dickson:

*Un second élément contextuel d'interprétation de l'article premier est fourni par l'expression «société libre et démocratique». L'inclusion de ces mots à titre de norme finale de justification de la restriction des droits et libertés rappelle aux tribunaux l'objet même de l'enchâssement de la Charte dans la Constitution: la société canadienne doit être libre et démocratique. Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociale, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la Charte et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification puisse se justifier.*[\[112\]](#)

Ainsi, lorsque le législateur se donne la tâche de promouvoir de telles valeurs, il a une latitude beaucoup plus grande qui provient directement de la nature chevaleresque de ses objectifs.

En adoptant le mythe selon lequel certains objectifs sont intrinsèquement démocratiques, la Cour suprême du Canada n'a pas énoncé la distinction qui s'impose entre certains sous-produits de la démocratie et les conditions essentielles à son développement et de son maintien. Il est vrai que les valeurs et les principes énoncés par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Oakes*[\[113\]](#) ont été adoptés dans de nombreuses sociétés démocratiques. Cependant, ces valeurs et principes ne sont pas respectés partout où règne la démocratie et, à tout le moins, il faut reconnaître que ces valeurs et principes sont respectés avec un enthousiasme variable. Aux États-Unis, la démocratie existait bien avant que l'égalité raciale ne soit acceptée comme principe de société. C'était là un état de fait fort regrettable, mais il faut reconnaître que les gains survenus depuis ne se sont concrétisés que par le biais de l'exercice des droits fondamentaux protégés par le *Bill of Rights* américain, en particulier par l'exercice de la liberté d'expression. Si Martin Luther King épousait sans restriction les valeurs et principes énoncés par le juge en chef Dickson dans l'affaire *Oakes*, il est beaucoup plus difficile de caractériser de la même façon les vues de Malcom «X», dont les opinions n'étaient guère plus démocratiques que celles de M. Keegstra (du moins au début de sa carrière). Néanmoins, la contribution de Malcom «X» au combat pour l'égalité raciale aux États-Unis est, avec le recul nécessaire pour en apprécier l'importance, indéniable et ce, malgré le caractère rébarbatif de certaines de ses opinions. La contribution de Malcom «X» à ce débat n'est pas la résultante d'opinions compatibles avec les valeurs énoncées par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Oakes*; cette contribution n'a été possible que grâce à l'existence d'institutions démocratiques permettant à ce débat d'avoir lieu en dépit du fait qu'il remettait en question certains fondements de la société.

En société démocratique, il faut accepter que certaines personnes auront toujours la tentation totalitaire et que d'autres seront hostiles aux idéaux égalitaristes et pluralistes qui sont à la source de la démocratie moderne.

Ces personnes chercheront à exercer leur liberté d'expression et, malgré le caractère déplaisant de leurs propos, il nous faut malgré tout se retenir de les interdire si l'on veut éviter de limiter nos débats politiques et sociaux à ce qui est politiquement correct selon la mode de l'heure et éviter de plonger dans les affres de la censure.

#### **D. Le contrôle de la liberté d'expression en société libre et démocratique**

Les motifs qui justifient la protection de la liberté d'expression sont bien connus et il n'est pas nécessaire d'ajouter à ce qui a déjà été dit à ce sujet dans les arrêts *Irwin Toy* et *Keegstra*. Malgré l'importance de cette liberté en société libre et démocratique, son exercice soulève de nombreux problèmes qui sont reliés en partie à son vaste champ d'application, mais surtout à l'ambivalence générée par ses formes les plus abjectes. L'expression humaine est le reflet de tout le bien et de tout le mal qui existe dans notre société et il est naturel de vouloir cacher le mal pour ne retenir que ce qui est bien. La haine, les vices, les préjugés raciaux et autres formes d'idéaux hostiles à la justice sociale font partie du mal qui existe et qui cherche naturellement à s'exprimer. Malheureusement, la liberté d'expression suppose un état de fait qui permet à ceux qui veulent s'exprimer de ne pas avoir peur de dire des choses pour lesquelles ils seront réprimandés par l'État, indépendamment du contenu de l'expression. Si l'on doit déplorer l'existence du mal dans notre société et chercher à le réduire, il est encore plus important de déterminer à quel moment l'expression d'idéaux ou de comportements maléfiques constitue une menace qui justifie l'adoption de mesures prohibitives en société démocratique.

Il est reconnu que la liberté d'expression est nécessaire à la survie de la démocratie même si ses sous-produits ne sont pas toujours des plus plaisants. Il est donc important de protéger à la fois cette liberté et ses sous-produits puisque l'un ne va pas sans l'autre. De Tocqueville remarquait fort justement au sujet de la liberté de la presse aux États-Unis:

*J'avoue que je ne porte point à la liberté de la presse cet amour complet et instantané qu'on accorde aux choses souverainement bonnes de leur nature. Je l'aime par la considération des maux qu'elle empêche bien plus que pour les biens qu'elle fait.*[\[114\]](#)

Ce commentaire s'applique aussi bien à la liberté d'expression qu'à la liberté de presse. Sans la tolérance nécessaire à la survie de ces libertés, l'État risque de plonger dans les affres de la censure et de miner, par le fait même, les fondements mêmes de la démocratie[\[115\]](#).

Il ne faut pas non plus oublier que le caractère relatif de nos droits et libertés ne justifie pas pour autant la conclusion qu'il «peut être nécessaire de [...] restreindre [les droits et libertés garantis par la Charte] lorsque leur exercice empêcherait d'atteindre des objectifs sociaux fondamentalement importants»[\[116\]](#). En adoptant le test de l'arrêt *Oakes*, la Cour suprême du Canada a donc transformé ce qui était perçu comme étant une exception en règle applicable à pratiquement toutes les restrictions à la liberté d'expression.

Si le but de tout gouvernement est de protéger ses ressortissants contre les excès des autres ou contre leurs propres faiblesses (comme c'est le cas en matière de réglementation de produits dangereux), il ne s'ensuit pas que cela doive nécessairement s'accomplir en imposant des restrictions aux droits et libertés garantis par la Charte.

La Charte a pour objectif de limiter les méthodes par lesquelles les objectifs de nos gouvernements peuvent

être accomplis et n'autorise des restrictions aux droits et libertés qui y sont énoncés que dans la mesure où cela est justifiable en société démocratique. L'enchâssement de nos droits et libertés dans la Constitution a un aspect essentiellement antidémocratique en ce sens qu'elle impose des limites aux pouvoirs des représentants démocratiquement élus par le peuple. En effet, il est très difficile de définir avec exactitude ce qu'est une société démocratique sans faire référence au fait que le peuple a le droit d'élire ses représentants qui ont par la suite le droit de se faire l'instrument de la majorité<sup>[117]</sup> par le biais de leur action gouvernementale. Si l'on perçoit l'article 1 de la Charte comme étant l'incarnation du principe démocratique selon lequel la volonté de la majorité doit l'emporter, la Charte ne sera jamais capable de remplir sa fonction première, c'est-à-dire de protéger les droits des individus contre les excès de la majorité.

En adoptant le test de l'arrêt *Oakes*, la Cour suprême du Canada a penché en faveur de la conception de la démocratie qui favorise le pouvoir de la majorité telle qu'elle est représentée par ses élus aux dépens des droits des minorités qui auraient dû être protégés par la Charte. Ce test ne peut être modifié que si l'on révisé la conception de l'État démocratique de façon à reconnaître que le pouvoir de la majorité doit y être restreint par les principes qui ont été enchâssés dans la Charte. Néanmoins, l'exercice de toute liberté suppose l'obligation de respecter les droits d'autrui et la fonction première de tout Gouvernement est d'assurer le maintien de l'ordre public en imposant les règles nécessaires au respect des droits d'autrui. Ainsi, l'État ou les tribunaux peuvent imposer des ordonnances de non-publication dans le but de protéger le droit d'un accusé à un procès juste et équitable: la liberté de presse et d'expression ne s'étend pas à des activités qui menacent l'intégrité de notre système judiciaire<sup>[118]</sup>. Dans cette optique, la liberté d'expression englobe un très grand nombre de comportements et d'activités qui s'expriment par la parole ou le geste et qui doivent tous être l'objet de réglementation plus ou moins restrictive.

En matière de pornographie, par exemple, il est probablement justifiable de limiter l'accès que peuvent avoir des mineurs à ce genre d'expression de façon à les protéger contre ce qui constitue une menace à leur développement vers l'état adulte; il est beaucoup moins justifiable de menacer une personne d'incarcération parce qu'elle produit ce genre de matériel pour publication visant des personnes adultes, tel que cela est interdit par l'article 163 du *Code criminel*. Lorsque l'État cherche à contrôler les moeurs du public par le biais de prohibitions criminelles, le comportement visé doit constituer un danger évident pour l'ordre public. Si tel n'est pas le cas, on risque d'accorder à l'État le droit d'imposer les moeurs de la majorité au détriment des désirs et opinions de certaines de ses minorités. La propagande haineuse, dans la mesure où elle comporte un élément d'encouragement à la violence, nous procure un bon exemple de ce que peut constituer une menace à l'ordre public résultant de l'exercice du droit à la liberté d'expression. L'État se doit d'interdire toute forme d'encouragement à la violence contre des groupes ou individus afin de prévenir cette violence lorsqu'elle semble imminente; cependant, la propagation de discours haineux n'encouragera pas nécessairement la violence à l'égard de ces groupes, et il est difficile de justifier de telles prohibitions lorsqu'un tel danger n'est pas présent. L'arrêt *Keegstra* est erroné parce qu'on y a pas exigé la présence d'un danger à l'ordre public pour justifier une prohibition aussi vaste que celle qui s'applique au discours haineux.

En matière de discours commercial, l'objectif visé par l'alinéa 2b) de la Charte est moins évident puisque la protection de la liberté d'expression dans ce domaine d'activité humaine n'a jamais été considérée comme étant essentielle à la protection de la démocratie. Néanmoins, le discours commercial occupe une forte proportion (sinon la majorité) de l'expression humaine et constitue le fondement même de l'échange des biens et services qui sont nécessaires à la vie en société hautement civilisée. Cet échange peut être accompli efficacement si le public bénéficie du maximum d'information pertinente à ses échanges commerciaux. Il est naturel qu'une forme d'expression si nécessaire aux rapports commerciaux constitue un aspect important de la vie en société et fasse l'objet d'une protection constitutionnelle. Cependant, la protection de la liberté d'expression commerciale a pour but de favoriser l'efficacité des marchés commerciaux et financiers<sup>[119]</sup> et il est important de s'assurer que le Gouvernement soit capable d'adopter des mesures qui sont compatibles avec cet objectif. Dans ce contexte, il est beaucoup plus important d'imposer l'obligation de dire la vérité puisque seul l'échange d'informations exactes peut favoriser l'efficacité de nos marchés financiers; l'importance d'imposer une obligation de dire la vérité est beaucoup moins évidente en matière de discours politique ou

artistique, tel que l'a souligné Mme le juge McLachlin dans l'affaire *Zundel*<sup>[120]</sup>. Si la protection du public en matière commerciale justifie une réglementation qui interdit la publicité trompeuse ou qui impose l'inscription d'avertissements sur des produits, elle ne justifie pas une prohibition du même type que celle qui affectait les dentistes ontariens dans l'affaire *Rocket*.

Il n'est pas possible de définir avec exactitude ce qui peut et ce qui ne peut pas justifier une restriction à la liberté d'expression dans une société libre et démocratique. Malgré tout, la constitutionnalisation de cette liberté à l'alinéa 2b) de la Charte prescrit certains principes qui doivent régir l'action gouvernementale. En premier lieu, il ne peut être justifiable de limiter cette liberté que lorsque cela est nécessaire à la protection des droits d'autrui et au maintien de l'ordre public ou, en matière de liberté d'expression commerciale, à l'efficacité de nos marchés financiers. L'existence d'une préoccupation urgente et réelle et la bonne foi du législateur ne sont pas, en tant que tel, pertinents pour déterminer s'il est véritablement nécessaire de recourir à des limites à la liberté d'expression pour accomplir de tels objectifs. En deuxième lieu, le cadre analytique de l'article 1 doit prendre en considération le but et les fondements de la protection de la liberté d'expression dans le cadre de toute évaluation de la validité d'une action gouvernementale. L'État doit respecter le principe de la liberté d'expression en tant que valeur inhérente à la démocratie et ce n'est qu'à titre d'exception que des restrictions seront autorisées en vertu de l'article 1. Finalement, les tribunaux ne doivent pas assigner de valeur au discours prohibé de façon à mieux justifier son interdiction: la liberté d'expression est une institution démocratique qui doit être acceptée de façon globale, y compris ses pires productions, sans quoi on risque de la rejeter sans s'en rendre compte.

Bien entendu, les propos qui précèdent n'offrent pas la sécurité très cartésienne que procure un test en trois parties comme celui de l'arrêt *Oakes*. Cependant, la justification de limites aux droits et libertés qui sont au centre de nos institutions démocratiques pose des questions philosophiques et politiques qui ne peuvent être résolues ou même abordées à l'aide d'un tel test sans risquer que celui-ci soit incapable de faire face aux subtilités qui surviennent lorsque ce type de question se soulève. Il est nécessaire que la Cour suprême du Canada reconnaisse les limites qui sont inhérentes à cet exercice juridique et évite d'énoncer un test trop rigide qui a pour effet d'empêcher l'examen de facteurs pertinents, comme ce fut le cas dans l'arrêt *Keegstra*. Il ne faut pas non plus que nos tribunaux refusent de répondre à ce genre de question sous prétexte qu'elles sont politiques et non juridiques, comme le suggère le juge Le Bel dans l'affaire *Imperial Tobacco (C.A.)*<sup>[121]</sup>. En effet, le droit constitutionnel soulève de nombreuses questions de nature politique et il est souvent difficile de départager les questions politiques des questions purement juridiques et ce, même en matière de séparation des pouvoirs. Nos tribunaux n'ont pas été gênés d'intervenir dans certaines questions hautement politisées pour cette seule raison, comme le démontre l'arrêt *R. c. Morgentaler*<sup>[122]</sup>. Il n'était peut-être pas désirable de forcer nos tribunaux à répondre à de telles questions, mais notre Constitution l'exige et nos tribunaux devront adopter une forme d'analyse qui est plus appropriée à ce genre de question que le test de l'arrêt *Oakes*.

## CONCLUSION

Il serait malhonnête de prétendre que le juge Beetz et le juge McIntyre ont remis en question le cadre analytique de l'arrêt *Oakes* dans les arrêts *Slaight Communications* et *Irwin Toy*. La Cour suprême avait alors récemment adopté ce test et il fallait donc l'appliquer afin de lui donner la chance de passer l'épreuve du temps. Malgré tout, il est intéressant de noter que le test de l'arrêt *Oakes* est peu ou pas mentionné dans ces dissidences, ce qui démontre que, selon les juges Beetz et McIntyre, ce test ne permettait pas un examen de la question qui était véritablement en jeu dans ces décisions: jusqu'à quel point un objectif législatif valable peut-il justifier une restriction à la liberté d'expression. Ces dissidences avaient pour but principal de souligner l'importance de la liberté d'expression et le fait que l'on ne doit pas autoriser à la légère des restrictions à cette liberté.

Si le texte même de la Charte ne laisse pas de place à une interprétation restrictive de la liberté d'expression, son article 1 est également vague et se prête mal à des distinctions fondées sur la nature des objectifs visés par

le gouvernement et les méthodes utilisées pour les accomplir. S'il est évident que nos droits et libertés doivent avoir des limites, il devrait également être évident que les limites autorisées par l'article 1 de la Charte doivent respecter l'importance que l'on doit accorder à ces libertés civiles, ne serait-ce que parce qu'elles sont garanties par notre Constitution. Le dilemme soulevé réside dans le fait que cette disposition est compatible, du moins à sa face même, à la fois avec une protection minimale de nos droits et libertés et avec une protection étendue de ces mêmes droits. L'État démocratique suppose, dans une certaine mesure, que le pouvoir décisionnel est conféré à nos représentants élus plutôt qu'à nos magistrats. Par contre, la tyrannie de la majorité peut s'exercer tout aussi brutalement en société démocratique qu'ailleurs, comme le démontrent le gouvernement démocratiquement élu de la Serbie ainsi que bien d'autres gouvernements démocratiquement élus. C'est précisément pour cette raison qu'il était important d'insérer une protection constitutionnelle de nos droits et libertés dans l'acte constitutionnel de 1982. La Charte n'a pas pour but d'être cohérente avec le principe démocratique du gouvernement par la majorité mais plutôt d'en limiter les excès. C'est dans ce contexte que nos tribunaux doivent déterminer si nos droits et libertés peuvent recevoir une protection étendue en énonçant des critères de justification très stricts en vertu de l'article 1 ou, s'il y a lieu de donner libre cours à l'exercice de la démocratie, en adoptant des critères de justification moins contraignants. On ne peut qu'espérer que le test de l'arrêt *Oakes* sera un jour renversé de façon à mieux protéger nos droits et libertés. Dans le contexte de la protection de la liberté d'expression, cette décision est d'autant plus capitale qu'elle définit, à toutes fins pratiques, l'étendue de la protection constitutionnelle accordée à cette liberté.

---

[1] Avocat, Blake, Cassels & Graydon.

[2] Telle qu'elle est protégée par l'article 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)] (ci-après citée: la «Charte»).

[3] [1989] 1 R.C.S. 1038 (ci-après cité: «*Slaight Communications*»).

[4] [1989] 1 R.C.S. 927 (ci-après cité: «*Irwin Toy*»).

[5] C'est à la suite de telles pressions que la ville de Montréal a adopté un règlement visant à interdire aux «établissements exploitant l'érotisme d'exposer ou maintenir à l'extérieur d'un tel établissement ou dans un endroit visible de l'extérieur d'un tel établissement une image qui représente le corps humain» à moins que certaines conditions n'aient été remplies: voir l'affaire *Cabaret Sex Appeal Inc. c. Ville de Montréal*, [1992] R.J.Q. 2189 (C.S.) (ci-après cité: «Cabaret Sex Appeal») où ce règlement a été déclaré inopérant.

[6] Pour un compte-rendu des discussions qui ont eu lieu à ce sujet, voir le procès-verbal de la réunion du Vancouver Civic Theater Board tenue le 22 octobre 1992, le rapport du Director of Civic Theaters en date du 28 octobre 1992 et adressé au Standing Committee on City Services and Budgets, le procès-verbal de la réunion du conseil municipal de la ville de Vancouver tenue le 19 novembre 1992, le procès-verbal de la réunion du Vancouver Civic Theaters Board tenue le 26 novembre 1992 et le procès-verbal de la réunion du Committee on Affirmative Action for Women in the Civic Work Force tenue le 2 décembre 1992.

[7][1986] 1 R.C.S. 103 (ci-après cité: «*Oakes*»).

[8][1990] 3 R.C.S. 697 (ci-après cité: «*Keegstra*»).

[9][1992] 2 R.C.S. 731 (ci-après cité: «*Zundel*»).

[10]Précité, note 7, 807 et 826.

[11]*Id.*, 807. En anglais «*large and untrammled*».

[12]Voir, par exemple, *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, 583-588; *Keegstra*, précité, note 7, 726-729 (j. Dickson) et 802-811 (j. McLachlin); *Ford c. Procureur général du Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712, 764 et 765; *Irwin Toy*, précité, note 3, 967-971.

[13]Précité, note 3, 978 et 979.

[14][1990] 1 R.C.S. 1123, 1180-1181 (j. Lamer) (ci-après cité: «*Renvoi relatif au Code criminel*»).

[15]*Id.*, 1186.

[16][1991] R.J.Q. 2260 (C.S.) (ci-après cité: «*Imperial Tobacco*»), infirmé par C.A. Montréal, no 500-09-001296-912, 15 janvier 1993 (ci-après cité: «*Imperial Tobacco (C.A.)*»).

[17]*Imperial Tobacco*, précité, note 15, 2288.

[18]On pourrait également dire la même chose de l'arrêt *Ford*, précité, note 11, puisque les dispositions de la *Charte de la langue française* qui y ont été déclarées inconstitutionnelles visaient non pas à interdire le contenu de l'expression elle-même, mais plutôt la langue dans laquelle elle était exprimée.

[19]*Irwin Toy*, précité, note 3, 940; *Keegstra*, précité, note 7, 732 (j. Dickson) et 827 (j. McLachlin); *Imperial Tobacco*, précité, note 15, 2287 et 2288.

[20][1985] 2 R.C.S. 517.

[21] *Id.*, 518 (j. Lamer).

[22] [1985] 1 R.C.S. 177 (ci-après cité: «*Singh*»).

[23] *Id.*, 217.

[24] Le professeur L.H. TRIBE décrit brièvement ce débat, qualifié de «*recurring debate*», dans son traité *American Constitutional Law*, 2e éd., Foundation Press, 1988, p. 792 et suiv.

[25] La version anglaise des motifs de Mme le juge Wilson dans l'affaire *Singh*, précité, note 21, 218, est beaucoup plus exigeante puisqu'elle stipule que l'enquête exigée par l'article 1 doit être exécutée en fonction de l'engagement à la protection de ces droits et libertés qui découle tout naturellement de leur enchâssement constitutionnel: «it is important to remember that the courts are conducting this inquiry in light of a commitment to uphold the rights and freedoms set out in the other sections of the Charter».

[26] *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Quebec Association of Protestant School Boards c. Procureur général du Québec*, [1984] 2 R.C.S. 66.

[27] *Oakes*, précité, note 6, 136.

[28] *Id.*, 136.

[29] En anglais, «*pressing and substantial*», *id.*, 138 et 139.

[30] *Id.*, 136.

[31] *Id.*, 138 et 139. Il ne semble pas y avoir de différence importante entre les mots «*objective*» et «*besoin*» tel qu'on les retrouve dans les versions anglaise et française de l'arrêt *Oakes* puisque l'objectif gouvernemental doit correspondre à un besoin pressant.

[32] *Id.* L'arrêt *Oakes* ne s'étend pas sur le sujet de ce qui peut être exigé en plus d'une préoccupation urgente et réelle. Il n'établit pas non plus de barèmes selon lesquels les tribunaux pourraient déterminer quand un test supplémentaire pourrait être imposé.

[33] *Id.*, 138 et 139.

[34] 249 U.S. 47 (1919) 52. Voir aussi L.H. TRIBE, *op. cit.*, note 23, p. 841 et suiv.



[35] *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, précité, note 19, 518.

[36] Précité, note 21, 218. Il est d'ailleurs intéressant de noter que M. le juge Dickson a repris ces propos dans l'affaire *Oakes*, précité, note 6, 135 et 136, même s'ils ne sont pas compatibles avec la prémisse énoncée plus haut.

[37] *La Reine c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452 (ci-après cité: «*Butler*»).

[38] *Irwin Toy*, précité, note 3, 990.

[39] *Id.*, 987.

[40] *Id.*, 990 et 991.

[41] *Id.*, 1007 et 1008.

[42] *Id.*, 1008.

[43] *Keegstra*, précité, note 7, 746 (nous avons souligné).

[44] [1990] 2 R.C.S. 232 (ci-après cité: «*Rocket*»).

[45] *Id.*, 249.

[46] *Cabaret Sex Appeal*, précité, note 4, 2218.

[47] *Id.*

[48] *Id.*, 2218, note 104.

[49] Cette disposition prévoit que «est réputée obscène toute publication dont une caractéristique dominante est l'exploitation indue des choses sexuelles, ou de choses sexuelles et de l'un ou plusieurs des sujets suivants, savoir: le crime, l'horreur, la cruauté et la violence».

[50] *Butler*, précité, note 36, 507.

[51] *Irwin Toy*, précité, note 3, 990.

[52] *Id.*, 989 et 990.

[53] *Id.*, 999.

[54] *Id.*, 990 et 991.

[55] L.R.C. (1985), App. II, no 5.

[56] Voir *Imperial Tobacco (C.A.)*, précité, note 15, 57 des motifs de M. le juge LeBel qui résume le contenu de cette loi comme suit: «[t]elle que rédigée, la loi n'interdit pas la production, la consommation ou la distribution du tabac. Elle limite rigoureusement les possibilités de publicité».

[57] M. le juge LeBel fait allusion à ce problème, dans l'affaire *Imperial Tobacco (C.A.)* précité, note 15, lorsqu'il note le fait que la «production et la distribution du tabac restent des activités économiques importantes» et que «l'emploi de milliers de travailleurs dépend de cette industrie» [56]. M. le juge LeBel conclut que «le législateur a adopté une solution mesurée à l'égard d'un problème important de santé publique, tout en respectant certaines réalités sociales et économiques» [65].

[58] *Tobacco Tax and Liquor Control Statute Law Amendment Act*, S.O. 1992, c. 28.

[59] *Oakes*, précité, note 6, 136.

[60] *Keegstra*, précité, note 7, 728, citant *Ford*, précité, note 11, 765 et 766.

[61] *Keegstra*, précité, note 7, 728.

[62] *Id.*, 735.

[63] *Id.*, 735 et 736 (nous avons souligné).

[64] *Edmonton Journal c. Procureur général de l'Alberta*, [1989] 2 R.C.S. 1326, 1355 et 1356 (ci-après cité: «*Edmonton Journal*»).

[65] *Oakes*, précité, note 6, 139.

[66] *Id.*, 139, citant *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295, 352.

[67] *Keegstra*, précité, note 7, 784 (j. Dickson).

[68] L'arrêt *Rocket*, précité, note 43, 251, est un exemple de cette situation. La Cour suprême du Canada y a décidé que l'objectif visant à protéger les consommateurs de services dentaires ne justifiait pas une prohibition totale (sujette à certaines exceptions limitées) de la publicité par les dentistes.

[69] *Keegstra*, précité, note 7, 772-778 et 786.

[70] *Id.*, 849.

[71] *Id.*, 849 et 850 (nous avons souligné).

[72] *Id.*, 802.

[73] *Id.*, 803, faisant référence à la célèbre dissidence du juge Holmes dans l'affaire *Abrams c. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

[74] *Id.*, 804-806.

[75] *Id.*, 806.

[76] *Edmonton Journal*, précité, note 63, 1355-1356; voir aussi *Imperial Tobacco*, précité, note 15, 2294 et *Keegstra*, précité, note 7, 737.

[77] *Edmonton Journal*, précité, note 63, 1355.

[78] *Keegstra*, précité, note 7, 747.

[79] *Id.*, 850.

[80] *Id.*, 765.

[81] *Id.*, 765.

[82] *Id.*, 766.

[83] *Id.*

[84] *Id.*, 766, citant *Rocket*, précité, note 43, 247.

[85] *Irwin Toy*, précité, note 3, 990.

[86] *Id.*, 989 et 990.

[87] *Id.*, 999.

[88] *Oakes*, précité, note 6, 139.

[89] Précité, note 43, 251.

[90] Précité, note 8, 772.

[91] En anglais, on qualifie ce genre de prohibition trop vaste d'«*overbroad legislation*».

[92] Voir *Keegstra*, précité, note 7, 770 où le juge en chef Dickson se dit «sceptique quant à la pertinence de l'observation selon laquelle des dispositions analogues au par. 319(2) ont été inefficaces pour contenir le racisme de nazis» et note qu'«un seul aspect de cette expérience n'est toutefois pas déterminant quant à l'efficacité de lois interdisant la propagande haineuse» [771]. Le juge en chef réagissait aux propos de Mme le juge McLachlin, à la page 854, citant un extrait de Alan A. BOROVOY, *When Freedoms Collide: The Case for our Civil Liberties*, Toronto, Lester & Orpen dennys, 1988, où cet auteur note que, durant les 15 années précédant l'arrivée au pouvoir de Hitler, plus de 200 poursuites criminelles alléguant la propagande haineuse ont été intentées sans avoir pour effet d'empêcher les nazis d'exploiter ces procès pour exposer leurs opinions et prendre le pouvoir.

[93] *Imperial Tobacco*, précité, note 15, 2291.

[94] *Imperial Tobacco (C.A.)*, précité, note 15, 57.

[95] *Id.*, 62.

[96] *Id.*, 50; voir aussi *Irwin Toy*, précité, note 3, 994.

[97] *Irwin Toy*, précité, note 3, 994.

[98] L.R.Q. 1977, c. C-11.

[99] *Ford*, précité, note 11, 780.

[100] *Id.*, 779.

[101] En paraphrasant *Irwin Toy*, précité, note 3, 994.

[102] *Irwin Toy*, précité, note 3, 999.

[103] *Imperial Tobacco (C.A.)*, précité, note 15, 50, où le juge LeBel souligne que «les cours ne se substituent pas aux parlements» et doivent «respecter le rôle politique et législatif de ceux-ci».

[104] Il s'agit des arrêts *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Comité pour la République de Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Zundel*, précité, note 8. Voir les motifs de M. le juge LeBel dans *Imperial Tobacco (C.A.)*, précité, note 15, 40.

[105] *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, précité, note 19, 518.

[106] S.R.C. 1970, App. III.

[107] [1989] 1 R.C.S. 1469, 1489 et 1490.

[108] L'arrêt *New York Times Co. c. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1954), nous procure un bon exemple de l'équilibre qui peut être atteint entre la nécessité de protéger les droits d'autrui et celle de protéger la liberté de presse: la Cour suprême des États-Unis y a imposé un test exigeant une preuve de mauvaise foi lorsque l'on désire poursuivre un journal pour libelle diffamatoire contre un officier de l'État.

[109] *Keegstra*, précité, note 7, 848 et 849 (nous avons souligné).

[110] *Id.*, 849-890 (nous avons souligné).

[111] *Singh*, précité, note 21, 217.

[112] *Oakes*, précité, note 6, 136 (nous avons souligné).

[113] *Id.*

[114] Alexis DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, 13e éd., t. 1, Paris, Pagnerre, 1850, p. 215.

[115] *Irwin Toy*, précité, note 3, 1007.

[116] *Oakes*, précité, note 6, 136.

[117] Certains diront que nos représentants élus ont le devoir d'agir dans l'intérêt de la collectivité afin de faire valoir les droits de celle-ci.

[118] Voir par exemple *Needham c. La Reine*, C.A. Vancouver, no CA013734, 18 septembre 1992, impliquant des ordonnances de non-publication émises dans le but de garder l'identité d'un témoin secrète.

[119] Voir *Ford*, précité, note 11, 767.

[120] Précité, note 8, 772.

[121] *Imperial Tobacco (C.A.)*, précité, note 15, où le juge LeBel souligne que «les cours ne se substituent pas aux parlements» et doivent «respecter le rôle politique et législatif de ceux-ci» [50].

[122] [1988] 1 R.C.S. 30.