



UNIVERSITÉ  
SAINT-PAUL  
UNIVERSITY

Mémoire

Liberté d'expression, dignité et les « outils » de John Rawls :

L'affaire Jérémy Gabriel vs Mike Ward

Claudette Doucet

Travail présenté comme exigence à la maîtrise en éthique publique

Professeure : Julie Paquette

École d'éthique publique, Faculté de philosophie.

Université Saint-Paul

## Résumé

La liberté d'expression et la sauvegarde de la dignité font partie des droits fondamentaux du Québec. Il n'y a pas de hiérarchie entre ces droits. Cette absence de hiérarchie cause parfois des conflits comme dans l'affaire Mike Ward-Jérémy Gabriel.

Le jugement rendu dans cette affaire en juillet 2016 met en lumière l'affrontement du droit à la liberté d'expression pour l'humoriste Mike Ward et le droit à la sauvegarde de la dignité de Jérémy Gabriel qui fut l'objet de blagues ciblant son handicap de la part de l'humoriste. La Cour d'appel du Québec a accepté d'entendre la cause et tout porte à croire, vu les enjeux soulevés, que la décision sera appelée à se rendre par la suite à la Cour suprême du Canada. Ce long processus ouvre un questionnement : ne pourrait-on pas, plutôt que de recourir aux tribunaux, établir un contrat social dans lequel nous arriverions, suite à un débat public, à nous entendre sur les limites de l'exercice de nos droits fondamentaux?

C'est à travers les concepts philosophiques développés par John Rawls dans *Théorie de la justice* tels la position originelle, le voile d'ignorance, l'équilibre réfléchi et les biens premiers que j'analyserai le jugement rendu dans l'affaire Ward-Gabriel. Je proposerai ensuite une réflexion en mettant en lumière comment les mêmes droits fondamentaux sont exercés différemment dans des sociétés démocratiques diverses. Cela me permettra de relever la nécessité d'ouvrir un débat de société qui tienne compte de multiples opinions raisonnées.

Je proposerai ensuite qu'en utilisant le voile d'ignorance, nous puissions arriver à des conclusions basées sur la justice pour tous plutôt que l'efficacité pour une majorité. Au final, l'équilibre réfléchi nous permettrait de vérifier si nos conclusions, notre contrat social, reflète notre position originelle soit nos valeurs éthiques de société.

Mots clés :

Liberté d'expression, dignité, John Rawls, voile d'ignorance, équilibre réfléchi, Mike Ward, Jérémy Gabriel

## Remerciements

Je suis très reconnaissante de ce que j'ai appris tout au long de mon parcours de maîtrise à l'Université Saint-Paul. J'y ai découvert un milieu d'apprentissage unique grâce à mes professeurs Louis Perron, Monique Lanoix, Kevin Kline, Sophie Cloutier et plus particulièrement ma directrice de mémoire, Julie Paquette.

Madame Paquette a été d'une grande patience et d'une grande générosité dans ses nombreux commentaires. Nos rencontres m'ont permis d'avancer dans mon mémoire sans rien lâcher. Votre « jeune » étudiante vous sera toujours redevable de vos précieux conseils et des joies de découvrir Pasolini et Philopolis.

Je m'en voudrais de ne pas souligner le travail dévoué du personnel de la bibliothèque grâce à qui j'ai appris que Zotero me permettrait de dormir au lieu de taper ma bibliographie.

À mon ami, mon « jumeau » et mon voisin de table à la bibliothèque, Odair Camati : merci pour nos discussions enrichissantes sur l'équilibre réfléchi, le voile d'ignorance et l'univers de Rawls.

Et le dernier, mais non le moindre, mon conjoint, Luc Léger : merci pour ton appui indéfectible dans cette belle aventure.

# Table des matières

Introduction .....	1
Question de recherche .....	5
Cadre théorique .....	6
Revue de la littérature .....	7
Hypothèse de recherche .....	10
Méthodologie .....	10
1. John Rawls et la justice .....	11
1.1. Contrat social .....	13
1.2. Position originelle .....	17
1.3. Voile d'ignorance .....	23
1.4. Équilibre réfléchi .....	28
1.5. Biens premiers .....	30
2. L'affaire Mike Ward et Jérémy Gabriel .....	33
2.1 Liberté d'expression et dignité .....	34
2.2 Mêmes droits, différents exercices .....	45
2.3 Y a-t-il une hiérarchie des droits ? .....	50
Conclusion .....	52

## Introduction

Comme l'a souligné la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Société St-Jean-Baptiste*, « les tribunaux ne sont pas arbitres en matière de courtoisie, de politesse et de bon goût ». Ils sont toutefois, pour reprendre les mots de la Cour Suprême, « les gardiens des valeurs constitutionnelles canadiennes », dont font partie la liberté d'expression mais aussi la promotion de l'égalité et le respect de la dignité inhérente à tout être humain.<sup>1</sup>

Ainsi s'ouvre le jugement opposant l'humoriste Mike Ward et la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse qui représentait Jérémy Gabriel et ses parents devant le Tribunal des droits de la personne du Québec. Toute la problématique du cas est résumée en un paragraphe : la liberté d'expression n'équivaut pas à faire montre de politesse, mais elle a des limites; le respect de la dignité<sup>2</sup> est un droit inhérent à tout être humain, mais n'a pas la priorité. Ces droits sont une partie essentielle de la *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>3</sup> du Québec. Lorsque ces deux valeurs fondamentales s'affrontent, c'est toute la société qui doit se questionner et se positionner. Je vous propose dans les pages qui suivent de tout d'abord faire un bref rappel du cas juridique qui m'a interpellé. Avant d'aborder le cadre éthique à travers lequel je veux revoir la liberté d'expression et le respect de la dignité, je présenterai ma question de recherche, la revue de la littérature principale, l'hypothèse de recherche et la méthodologie.

---

<sup>1</sup> *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gabriel et autres) c. Ward*, 2016 QCTDP 18, par. 1.

<sup>2</sup> Le concept de la dignité sera exploré de trois façons : lors de l'analyse du « respect de soi » chez Rawls (p. 31), dans une définition philosophique (p. 32) et dans ses aspects subjectif et objectif énoncés par la Cour Suprême du Canada (p. 35-36).

<sup>3</sup> *Charte des droits et libertés de la personne*, R.L.R.Q., c. C-12, en ligne : <[http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/C\\_12/C12.H TM](http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/C_12/C12.H TM)> (consulté le 2 avril 2016).

Commençons tout d'abord par un bref rappel de l'affaire Mike Ward et Jérémy Gabriel. Mike Ward est un humoriste qui aime dépasser les limites. Il pratique un humour qu'on qualifie aisément de « bête et méchant »<sup>4</sup>. Pendant trois ans, de 2010 à 2013, il fait un numéro sur les « vaches sacrées », les personnes dont on ne se moque pas pour diverses raisons : la richesse, le pouvoir d'influence ou la faiblesse<sup>5</sup>. Jérémy Gabriel est une de ces personnes sur qui il fait des blagues et des capsules humoristiques.

Jérémy Gabriel est né prématurément en 1996 et est atteint du syndrome de Treacher Collins. Il a diverses malformations à la tête et porte un implant auditif ostéo-intégré pour contrer sa surdité. Grâce à cet appareil, il a pu apprendre à parler et à chanter. Dans le cadre de l'émission « Donnez au suivant », il a chanté l'hymne national au Centre Bell en 2005 lors d'une partie de hockey. En 2006, il a chanté devant le pape à Rome et il a rencontré Céline Dion à Las Vegas.

Dans son spectacle « Mike Ward s'eXpose », les blagues de l'humoriste au sujet de Jérémy Gabriel sont liées au handicap de ce dernier :

Vous vous rappelez du petit Jérémy, t'sais le jeune avec le sub-woofeur su'a tête ?

J'suis allé voir sur Internet c'était quoi sa maladie? Sais-tu c'est quoi qu'y a? Y'est lette!<sup>6</sup>

C'est une opération que j'aurais aimé avoir, mais ça l'air que j'aimais mieux mettre tout mon argent dans le char sport que ma mère a acheté.

---

<sup>4</sup> Julie BARLOW, « La double vie de Mike Ward », *L'actualité* (23 février 2017), p. 1, en ligne : <<http://www.lactualite.com/culture/la-double-vie-de-mike-ward/>> (consulté le 27 février 2017).

<sup>5</sup> *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gabriel et autres) c. Ward*, préc., note 1, par. 17.

<sup>6</sup> *Id.*, par. 89.

Faque là moi je suis pogné avec ma petite boîte de son sur la tête, ma gueule qui ne ferme pas pis un livre assez moyen merci.<sup>7</sup>

Jérémy Gabriel et ses parents sont mis au courant des blagues et vidéos de Mike Ward en 2010. Ils n'interviennent pas auprès de l'humoriste pour lui demander de cesser ses blagues. C'est en 2012, suite à une entrevue de Mike Ward à l'émission « Les Francs-Tireurs » où l'humoriste parle de ses blagues qui le font rire lorsqu'il dépasse les limites, que les parents de Jérémy Gabriel décident de porter plainte contre Mike Ward auprès de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse.

Le Tribunal des droits de la personne, sous la présidence du juge Scott Hughes, a donné partiellement raison à la famille Gabriel en soutenant que les blagues de Mike Ward : « ont outrepassé les limites de ce qu'une personne raisonnable doit tolérer au nom de la liberté d'expression. La discrimination dont Jérémy a été victime est injustifiée »<sup>8</sup>. Ce procès de première instance sera entendu par la Cour d'appel du Québec et, c'est mon intuition, se rendra vraisemblablement jusqu'à la Cour suprême du Canada, la gardienne de nos valeurs constitutionnelles.

Je reviendrai sur les conclusions du jugement dans la deuxième partie du mémoire lorsque j'explorerai le droit à la liberté d'expression et à la sauvegarde de la dignité. Pour le moment, je m'en tiendrai à ce bref exposé du cas et sur un geste posé par Mike Ward au lendemain du jugement. La commission avait demandé au tribunal d'ordonner à Mike Ward :

---

<sup>7</sup> *Id.*, par. 92.

<sup>8</sup> *Id.*, par. 138.

[...] de ne plus tenir de propos en regard de Jérémy, de monsieur Steeve Lavoie [le père de Jérémy] et de madame Sylvie Gabriel [la mère de Jérémy] en lien, de près ou de loin, avec le handicap de Jérémy et de ne plus utiliser le handicap de Jérémy, directement ou indirectement, en diffusant son image ou en rapportant ses faits et gestes.<sup>9</sup>

Le juge a refusé cette demande, mais il a précisé qu'il croyait que Mike Ward avait compris les enjeux :

Devant le Tribunal, monsieur Ward a reconnu que ses blagues sur Jérémy étaient un « mauvais move » puisqu'il s'est retrouvé « en cour ». Maintenant que le Tribunal a établi qu'il a outrepassé les limites de la liberté d'expression en portant atteinte au droit à l'égalité de Jérémy et de sa mère, il y a lieu de penser que monsieur Ward modifiera sa conduite de façon à ne plus contrevenir aux garanties prévues par la Charte.<sup>10</sup>

Ce jugement a été rendu le 20 juillet 2016. Il ordonne à l'humoriste de payer 35 000 \$ à Jérémy Gabriel et 7 000 \$ à sa mère. Le 26 juillet 2016, Mike Ward lançait une campagne de sociofinancement pour rembourser ses frais juridiques de 93 000 \$<sup>11</sup> et à l'été 2016, il faisait un spectacle à Édimbourg intitulé « Freedom of Speech isn't Free »<sup>12</sup>. Pour l'humoriste, c'était là une manière d'en avoir pour son argent<sup>13</sup>. J'ignore si Mike Ward a fait une blague à propos de Jérémy Gabriel dans ce spectacle, mais le propos résonne, indirectement, avec l'affaire Jérémy Gabriel. Je crois donc être justifiée de me demander : est-ce bien là ce que le juge voulait dire par le fait que Mike Ward semblait avoir appris sa leçon ?

---

<sup>9</sup> *Id.*, par. 168.

<sup>10</sup> *Id.*, par. 173.

<sup>11</sup> Vicky FRAGASSO-MARQUIS, « Mike Ward lance sa campagne de sociofinancement », *Métro*, en ligne : <<http://journalmetro.com/actualites/national/999051/mike-ward-lance-sa-campagne-de-sociofinancement/>> (consulté le 6 juillet 2017).

<sup>12</sup> J. BARLOW, préc., note 3, p. 6.

<sup>13</sup> Kirstyn SMITH, « Interview: Mike Ward – “People are insane and too goddamn sensitive” », *The List* (21 juillet 2016), en ligne : <<https://edinburghfestival.list.co.uk/article/82447-interview-mike-ward-people-are-insane-and-too-goddamn-sensitive/>> (consulté le 14 mars 2017).

Toute cette affaire m'a amené à me questionner sur notre contrat de société et combien il était difficile d'exercer nos droits lorsqu'ils s'opposent à ceux des autres. Un jugement rendu par un tribunal est-il toujours la meilleure solution? Bien qu'un jugement obtenu soit réel, son exécution devient parfois problématique, ou à tout le moins hasardeuse. Un jugement n'est peut-être pas toujours la meilleure réponse à un conflit. Je pense au cas de Claude Robinson contre Cinar et d'autres compagnies qui, comme le tribunal l'a confirmé, lui avaient volé un concept télévisuel. Claude Robinson a gagné sa cause dans un jugement rendu par la Cour suprême du Canada. Sa saga juridique aura duré dix-huit ans pour obtenir un jugement final<sup>14</sup>. Il n'a cependant pas été au bout de ses peines et a dû faire des prouesses pour obtenir le paiement des montants qui lui étaient dus<sup>15</sup>. La voie des tribunaux n'est pas un chemin facile.

### *Question de recherche*

C'est donc en réfléchissant à tout ceci que je me suis demandé si la solution ne se trouvait pas plutôt dans un contrat social. Peut-on, par un contrat social, résoudre une situation conflictuelle entre des droits fondamentaux? Peut-on s'entendre sur la manière d'utiliser nos droits fondamentaux sans empiéter sur ceux des autres?

---

<sup>14</sup> Joël-Denis BELLAVANCE, « Claude Robinson gagne son combat », *La Presse* (23 décembre 2013), en ligne : <<http://www.lapresse.ca/actualites/justice-et-affaires-criminelles/actualites-judiciaires/201312/23/01-4723507-claude-robinson-gagne-son-combat.php>> (consulté le 11 avril 2017).

<sup>15</sup> Isabelle RICHER, « Claude Robinson veut faire saisir une caution de Ronald Weinberg », *Le Huffington Post*, en ligne : <[http://quebec.huffingtonpost.ca/2014/04/28/claude-robinson-veut-faire-saisir-une-caution-de-ronald-weinberg\\_n\\_5227401.html](http://quebec.huffingtonpost.ca/2014/04/28/claude-robinson-veut-faire-saisir-une-caution-de-ronald-weinberg_n_5227401.html)> (consulté le 11 avril 2017).

## *Cadre théorique*

Bien que John Rawls ne soit pas nécessairement le premier philosophe auquel on pense lorsqu'il s'agit de liberté d'expression, il a développé l'idée de la théorie de la justice à laquelle se rattachent plusieurs de nos valeurs libérales et juridiques. John Rawls (1921-2002) est un philosophe américain qui a mis de l'avant une théorie de la justice qui se fonde sur l'équité<sup>16</sup>. Les concepts qu'il élabore m'ont rappelé à maintes reprises les notions de droits québécois et canadiens liées aux chartes qui nous régissent<sup>17</sup>. C'est pour cette raison que, lorsque j'ai pris connaissance de la dispute opposant Mike Ward à Jérémy Gabriel, ou plus précisément de l'affrontement de deux droits fondamentaux soit le droit à la liberté d'expression et le droit au respect de la dignité, je me suis tournée vers le philosophe John Rawls. Ce choix a été plus difficile que prévu. J'ai tenté d'associer Rawls à d'autres philosophes et parfois de le substituer, mais ses concepts revenaient à la charge et m'interpellaient pendant mes recherches et mes lectures. Je me suis alors demandé : comment les concepts élaborés par ce philosophe pouvaient m'aider à comprendre ce cas juridique et s'ils pouvaient nous aider collectivement à réfléchir à la situation et peut-être même à établir les tenants et aboutissants de ces grands droits fondamentaux que sont la liberté d'expression et le respect de la dignité. En d'autres mots, les outils philosophiques de John Rawls peuvent-ils nous permettre de situer un conflit dans notre contrat social?

---

<sup>16</sup> John RAWLS, *Théorie de la justice*, coll. La couleur des idées, Paris, Éditions du Seuil, 1987.

<sup>17</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, (2015) partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, en ligne : <<http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/Const/page-15.html>> (consulté le 2 mars 2017); *Charte des droits et libertés de la personne*, préc., note 2.

## *Revue de la littérature*

Ma réflexion a commencé avec le cas de Mike Ward et Jérémy Gabriel dans l'affrontement de droits fondamentaux et la place qui revient à chacun de ces droits dans notre société. Le jugement de première instance rendu en juillet 2016<sup>18</sup> nous donne une position initiale et actuelle de la place réservée à la sauvegarde du droit à la dignité ainsi que du droit à la liberté d'expression dans l'espace public. Je reviendrai sur ce jugement dont j'ai déjà donné un aperçu dans la deuxième partie du mémoire lors de l'exploration de la liberté d'expression et du droit à la dignité.

Une partie de la problématique est l'absence de hiérarchie juridique des droits fondamentaux établie par la *Déclaration de Vienne* en 1993 et par la Cour suprême du Canada en 1994<sup>19</sup>. Si la hiérarchie juridique n'existe pas, qu'en est-il d'une hiérarchie morale? Sans le dire directement, Louis-Philippe Lampron et Eugénie Brouillet, dans l'article : « Le principe de non-hiérarchie entre droits et libertés fondamentaux : l'inaccessible étoile? »<sup>20</sup>, ouvrent la porte à l'évaluation éthique de la place donnée aux droits fondamentaux par la société canadienne et, en extrapolant, par la société québécoise. Cette évaluation éthique ou morale tient-elle toujours la route dans le jugement rendu dans l'affaire Ward? Doit-on avoir une réflexion morale ou objective lorsqu'il s'agit d'affrontement de droits fondamentaux?

---

<sup>18</sup> *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gabriel et autres) c. Ward*, préc., note 1.

<sup>19</sup> Louis-Philippe LAMPRON et Eugénie BROUILLET, « Le principe de non-hiérarchie entre droits et libertés fondamentaux : l'inaccessible étoile ? », (2011) 41-1 *Rev. Générale Droit* 93, DOI : 10.7202/1026944ar.

<sup>20</sup> *Id.*

Il sera aussi intéressant de voir comment s'insère l'humour dans la défense de la liberté d'expression. Ceci sera possible grâce à l'article : « La question de la liberté d'expression dans les démêlés judiciaires et les revers administratifs de CHOI-FM »<sup>21</sup>. L'auteure de cet article, Anne-Marie Gingras, présente comment une défense basée sur l'humour et l'ironie se développe par la suite en défense pour la liberté d'expression. Ceci suggère que l'humour, et peut-être l'humoriste, a une plus grande latitude quand il s'agit de liberté d'expression, un peu comme si le tandem « humour-liberté d'expression » était à l'abri de toute censure.

Dans l'article : « Le droit inaliénable à l'ignorance, à l'oubli et à l'humour »<sup>22</sup>, Richard Malka soulève la question de l'équilibre entre devoir et droit. Sans être pour l'humour sans condition d'exercice, il rappelle toutefois qu'entre l'immunité absolue de l'humour et la sensibilité excessive du sujet, il y a beaucoup d'espace. Il ne faut pas viser une société dépourvue d'humour par peur de blesser quelqu'un. Il faut cependant savoir doser, mieux encore, savoir viser. Dans cet article, il soulève un point intéressant : l'exercice de la liberté vient avec la possibilité d'excès de l'exercice.

L'auteur Daniel Ward me permet d'explorer une autre vision de la liberté d'expression. Dans : « Scepticism, human dignity and the freedom to offend »<sup>23</sup> la position est simple et claire: le gouvernement et les tribunaux ne devraient pas se mêler de la liberté d'expression. Bien qu'il soit australien et non américain, la pensée de Ward (Daniel et

---

<sup>21</sup> Anne-Marie GINGRAS, « La question de la liberté d'expression dans les démêlés judiciaires et les revers administratifs de CHOI-FM », (2007) 40-1 *Can. J. Polit. Sci. Rev. Can. Sci. Polit.* 79-100.

<sup>22</sup> Richard MALKA, « Le droit inaliénable à l'ignorance, à l'oubli et à l'humour », (2012) 671-5 *Temps Mod.* 1-14, DOI : 10.3917/lm.671.0001.

<sup>23</sup> Daniel WARD, « Scepticism, Human Dignity and the Freedom to Offend », (2013) 29-3 *Policy* 15-20.

non Mike) est que, comme le premier amendement américain le suggère, le gouvernement ne devrait faire aucune loi permettant de limiter la liberté d'expression. Ceci signifie que les tribunaux ne peuvent statuer sur les limites de cette liberté puisqu'il n'y en a pas. Il souligne toutefois qu'il ne s'agit pas là d'une situation absolue puisque la Cour suprême américaine a tout de même statué sur des catégories d'expression qui ne sont pas protégées par le premier amendement américain comme la pornographie juvénile.

Ce qui est intéressant dans les propos de cet auteur est ce qu'il a à dire au sujet de la liberté d'expression dans un cadre de dignité humaine. Pour lui, il s'agit d'un concept nébuleux. Il réfléchit au fait que si quelqu'un, de par le seul fait de son humanité, mérite le respect de la dignité, alors, tout être humain y a droit, incluant ceux qui abusent de la liberté d'expression en ayant des propos insultants à l'égard des autres, même des propos racistes. Ces deux droits sont intimement liés.

Comme j'utiliserai des concepts développés par John Rawls en tant qu'outils de réflexion, je ne peux passer sous silence l'importance de *Théorie de la justice*<sup>24</sup> dans le cadre de mon mémoire. Cette œuvre est à l'origine des concepts tels que la position originelle, le voile d'ignorance, l'équilibre réfléchi et les biens premiers que je considère comme essentiels à l'établissement d'un contrat social dans une société juste et démocratique. Ce texte servira à établir la base du cadre éthique à travers lequel j'explorerai par la suite les droits fondamentaux qui s'affrontent.

---

<sup>24</sup> J. RAWLS, préc., note 15.

## *Hypothèse de recherche*

Mon hypothèse de recherche repose sur le postulat suivant : la confrontation de nos droits devant les tribunaux permet d'établir nos valeurs de société, notre contrat social, mais pour obtenir un jugement et le faire exécuter, il faut temps et argent. Mon hypothèse peut être formulée comme suit : afin de parer à cette difficulté, il serait possible d'envisager la mise en place d'un cadre permettant le débat qui offrirait à tous la possibilité de définir un contrat social qui permettrait l'exercice de nos droits fondamentaux. À tout le moins, ce débat nous permettrait de réfléchir à la situation et serait susceptible de faire évoluer la société dans le sens de la discussion. Pour que ce débat arrive à une conclusion qui soit la plus juste possible pour tous, il faudrait être en mesure de mettre entre parenthèses notre position dans la société en appliquant le voile d'ignorance de John Rawls. La participation au débat pourrait donner aux participants un sentiment d'appartenance au contrat social qui en découlera et peut-être, c'est mon hypothèse, un plus grand respect du contrat.

## *Méthodologie*

C'est donc à travers la lecture du jugement *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gabriel et autres) c. Ward*<sup>25</sup> et quelques textes de John Rawls et d'autres auteurs que je tenterai de démontrer que, bien que la théorie de Rawls soit hypothétique, ce philosophe nous a outillés, à travers divers concepts qu'il a élaborés, pour réfléchir et peut-être même redéfinir notre contrat social.

---

<sup>25</sup> *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gabriel et autres) c. Ward*, préc., note 1.

Je commencerai tout d'abord par le cadre éthique, soit le prisme libéral de Rawls à travers lequel je veux analyser la problématique de l'affrontement de droits fondamentaux. Après avoir passé à travers les concepts de contrat social, de position originelle, du voile d'ignorance, de l'équilibre réfléchi et des biens premiers, je passerai à l'affaire Mike Ward et Jérémy Gabriel pour définir les concepts juridiques de liberté d'expression et respect de la dignité pour ensuite faire des rapprochements avec la théorie de Rawls. La hiérarchie des droits (ou son absence) aura sa place dans mon analyse. L'interprétation des droits fondamentaux sera également importante puisqu'il s'agit là, selon moi, de la valeur éthique que la société attribue à ces droits. Je vais faire une brève incursion dans l'interprétation « géographique » des droits fondamentaux. Le droit à la liberté d'expression et la sauvegarde de la dignité sont-ils pratiqués partout de la même façon?

Mais avant toute chose, commençons tout d'abord par voir les concepts développés par John Rawls qui me permettront de discuter du cas juridique à l'étude et de la réflexion subséquente en utilisant ses concepts comme outils de raisonnement et de discussion.

## 1. John Rawls et la justice

Rawls n'a pas écrit une théorie purement juridique<sup>26</sup>, il s'agit d'une théorie philosophique. Il y a cependant plusieurs points communs entre sa théorie de justice comme équité et notre système juridique qui permettent de faire une analyse philosophique libérale de l'exercice de nos droits fondamentaux. On peut penser au contrat social comme étant nos chartes de droits et libertés ou encore, la notion de

---

<sup>26</sup> David GILLES, *Thémis et Dikè: introduction aux fondements philosophiques du droit*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 468.

capacité qui est liée au raisonnement dans l'application des concepts de Rawls et qui est essentielle dans notre système juridique.

Rawls élabore sa théorie de la justice sur une hypothèse : « Il faut la comprendre [la position originelle] comme étant une situation purement hypothétique, définie de manière à conduire à une certaine conception de la justice. »<sup>27</sup>

Deux éléments importants sont à relever dans cette citation, d'abord l'idée de la position originelle, puis celle de l'hypothèse. Je développerai dans un premier temps cette dernière. Pourquoi partir d'une hypothèse philosophique lorsque le cas à l'étude est bien réel? Comme l'exécution d'un jugement peut être difficile et risque même d'être impossible, pourquoi ne pas faire l'analyse du conflit initial à l'aide des concepts de justice libérale de Rawls. Mon intuition m'amène à penser que cette analyse apporterait d'abord une réflexion individuelle sur les limites du conflit et ensuite un dialogue avec les autres pour s'entendre sur ces limites. Le résultat serait, je crois, plus tangible parce qu'il aurait été négocié. Il s'agirait d'une médiation qui mènerait vers un nouveau contrat social qui définirait comment jouir de nos droits fondamentaux et en comprendre les limites. Ce faisant, nous pourrions peut-être éviter ainsi, du moins je l'espère, d'avoir à nous présenter devant les tribunaux pour avoir gain de cause lorsque des droits fondamentaux s'affrontent.

C'est donc sur cette prémisse que je vous propose d'explorer l'idée de justice de Rawls et certains de ses concepts qui tournent autour du contrat social défini par des participants capables de raison.

---

<sup>27</sup> J. RAWLS, préc., note 15, p. 38.

Je passerai en revue plusieurs concepts importants chez Rawls. À chaque fois, je citerai d'emblée un extrait dans lequel se retrouve ce concept puis j'expliquerai le propos à l'aide d'exemples. Je commencerai par le contrat social, suivi de la position originelle, du voile d'ignorance, de l'équilibre réfléchi et des biens premiers. Je ferai une légère incursion dans l'univers utilitariste de Jeremy Bentham et John Stuart Mill puisque l'utilitarisme, qui est critiqué par Rawls dans *Théorie de la justice*, semble être à la base de la défense juridique soutenue par Mike Ward pour son droit à la liberté d'expression.

### 1.1. Contrat social

Le mérite de la terminologie du contrat vient de ce qu'elle transmet l'idée que les principes de la justice peuvent être conçus comme des principes que des personnes rationnelles choisiraient et qu'on peut ainsi expliquer et justifier des conceptions de la justice.<sup>28</sup>

Ce qui m'interpelle tout d'abord dans l'idée du contrat social chez Rawls, c'est qu'elle fait allusion à la notion d'entente : pour établir un contrat, nous devons discuter et arriver à des compromis qui formeront les clauses du contrat. Il faut donc tenir compte des points de vue diversifiés, il faut négocier et éventuellement arriver à une ou plusieurs conclusions qui ont de grandes chances d'être respectées puisqu'il s'agit d'un accord commun. Nous ne sommes pas mis devant un fait accompli : « [...] dans la justice comme équité, on ne considère pas les principes de la justice comme allant de soi, mais comme trouvant leur justification dans le fait qu'ils sont l'objet d'un choix [...] »<sup>29</sup>.

Cela permet ce que j'appellerais une négociation équitable, c'est-à-dire qu'à la base il n'y a pas de hiérarchie entre les contractants, il y a une : « absence de subordination

---

<sup>28</sup> *Id.*, p. 42-43.

<sup>29</sup> *Id.*, p. 68.

naturelle entre les êtres humains »<sup>30</sup>. Cette idée d'égalité est reprise par d'autres philosophes. Chez Thomas Hobbes, la stabilité du contrat social dépend aussi de l'égalité entre les parties négociantes :

En effet, pour que le contrat social constitue un fondement solide de l'établissement de la société, les contractants doivent le faire de la manière la plus parfaite possible, sans violence, en usant de leur liberté et en étant sur un pied d'égalité. L'égalité se trouve ainsi au fondement de son système [...]<sup>31</sup>.

L'égalité entre les parties est primordiale au contrat social de Rawls. Bien que l'égalité parfaite soit aussi hypothétique que le contrat lui-même, c'est cette égalité qui sera gage d'un contrat parfaitement équilibré.

Deux principes sont, pour Rawls, à la base d'un contrat social juste établi par des personnes rationnelles, le principe d'égalité et de liberté et le principe de différence :

#### PREMIER PRINCIPE

*Chaque personne doit avoir un droit égal au système total le plus étendu de libertés de base égales pour tous, compatible avec un même système pour tous.*

#### SECOND PRINCIPE

*Les inégalités économiques et sociales doivent être telles qu'elles soient :*  
a) *au plus grand bénéfice des plus désavantagés, dans la limite d'un juste principe d'épargne, et*  
b) *attachées à des fonctions et à des positions ouvertes à tous, conformément au principe de la juste (fair) égalité des chances.*<sup>32</sup>

En adoptant le second principe, on avantage les plus défavorisés afin qu'ils aient accès aux mêmes opportunités que les plus favorisés. C'est une manière de ramener les

---

<sup>30</sup> Will KYMLICKA, *Les théories de la justice: libéraux, utilitaristes, libertariens, marxistes, communautariens, féministes ...*, Montréal, Boréal, 1999, p. 73.

<sup>31</sup> D. GILLES, préc., note 25, p. 167.

<sup>32</sup> J. RAWLS, préc., note 15, p. 341.

défavorisés sur un pied d'égalité avec les plus favorisés afin qu'ils jouissent des mêmes droits et libertés disponibles à tous selon le premier principe. À titre d'exemple, la société québécoise applique ces deux principes dans plusieurs programmes, que ce soit avec les mesures adaptatives en milieu scolaire, ou en utilisant la discrimination positive lors de l'embauche, le but est le même, celui de permettre à la personne défavorisée un accès, une opportunité, au même titre que la personne favorisée. C'est une mise en pratique de l'égalité des chances de Rawls. Il y a donc un déséquilibre acceptable pour Rawls : « une inégalité n'est acceptable que si elle bénéficie aux plus défavorisés »<sup>33</sup>. Bien que dans le cas à l'étude, la base du raisonnement du jugement n'est pas l'inégalité entre Jérémy Gabriel et Mike Ward, il s'agit cependant de l'application bien réelle du premier principe, soit l'accès aux droits fondamentaux différents pour ces personnes. Le conflit n'est pas dans l'accès, mais dans l'exercice de deux droits fondamentaux bien particuliers : le droit à la liberté d'expression de Mike Ward et le droit à la dignité de Jérémy Gabriel. La base du contrat est bonne, chacun exerce en théorie son droit. Il faut cependant se questionner sur ce qui arrive lorsque l'exercice du droit de l'un empiète sur le respect du droit de l'autre, c'est-à-dire lorsque se pose la question de la hiérarchie de ces droits. J'y reviendrai plus tard.

D'autres conditions d'existence du contrat social font également partie de la réalité. Prenons par exemple la négociation : afin de négocier, il faut avoir une capacité juridique. Le Code civil du Québec le prévoit à son article 1385 : « Le contrat se forme par le seul échange de consentement entre des personnes capables de

---

<sup>33</sup> W. KYMLICKA, préc., note 29, p. 65.

contracter [...] »<sup>34</sup>. Donc sans capacité de consentement, point de contrat. Il est impossible de réaliser un contrat avec un enfant de 10 ans, celui-ci n'ayant pas la capacité juridique pour se faire. Il en va de même pour un adulte dont la maladie dégénérative affecte le jugement et qui a été déclaré inapte. L'inaptitude rendrait invalide tout contrat réalisé avec cette personne. Rawls définit cette capacité de consentement comme étant la raison. Il s'agit là d'un élément clé. Pour Rawls, le contrat social se conclut entre participants capables de raison et qui pourront, grâce à la raison, négocier entre eux afin d'arriver à des clauses contractuelles justes et équitables.

Deux des grandes différences entre le contrat entre particuliers et le contrat social sont l'impact et l'horizon visé. Un contrat légitime entre particuliers même s'il est publié (pensons à l'hypothèque immobilière) n'aura pas d'impact sur la société. Un contrat peut nous apparaître étrange parce que nous n'attribuons pas la même valeur aux biens ciblés par le contrat qu'aux parties contractantes. Par exemple, si je ne suis pas collectionneur d'un item particulier, je pourrais ne pas comprendre la volonté d'un collectionneur de donner une valeur monétaire plus grande que ce que j'offrirais pour cet item. Ça ne veut pas dire qu'il n'y a pas d'équilibre économique entre les parties au contrat. C'est tout simplement que je ne partage pas leurs valeurs. Ça n'invalide pas le contrat pour autant. Il s'agira d'une entente négociée entre deux personnes qui auront donné leur consentement pour conclure le contrat et l'équilibre sera atteint pour ces personnes<sup>35</sup>. Cependant, il n'y aura pas d'impact au niveau de la société. Le contrat

---

<sup>34</sup> *Code civil du Québec*, (1991) c. 64, en ligne : <[http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/showdoc/cs/CCQ-1991?langCont=fr#ga:l\\_premier-gb:l\\_quatrieme-h1](http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/showdoc/cs/CCQ-1991?langCont=fr#ga:l_premier-gb:l_quatrieme-h1)> (consulté le 24 avril 2017) a. 1385.

<sup>35</sup> Jacques GHESTIN, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Quadrige/Lamy-PUF, 2003, v° « Contrat », p. 276.

social aura un impact puisque, en théorie, tous les participants définiront ses valeurs de base ainsi que sa visée est globale. Ces valeurs et ce contrat seront le fruit de la négociation de tous les participants.

## 1.2. Position originelle

La position originelle est, pourrait-on dire, le *statu quo* initial adéquat et c'est pourquoi les accords fondamentaux auxquels on parvient dans cette situation initiale sont équitables.<sup>36</sup>

La position originelle est un point de départ à partir duquel les personnes raisonnables et égales négocieront leur contrat social. Comme je le mentionnais, en plus du point de départ, la position originelle sert également d'horizon. Elle permet aux participants de s'orienter vers les objectifs qu'ils ont négociés. Bien qu'il s'agisse d'une hypothèse, cette position devient une boussole pour les idées et permet de garder le cap<sup>37</sup>. Dans cette position, les différents participants doivent mettre le voile de l'ignorance pour éviter d'orienter le débat à leur propre avantage, mais j'y reviendrai au prochain point.

Selon Rawls, certaines règles s'imposent pour développer des principes justes dans la position originelle :

Une conception du juste est un ensemble de principes, généraux quant à leur forme et universels dans leur application, qui doit être publiquement reconnu comme l'instance finale pour hiérarchiser les revendications conflictuelles des personnes morales.<sup>38</sup>

Le fait que les principes négociés soient publics est une des forces du contrat social. Comme je l'ai déjà souligné, une négociation entre deux particuliers ne serait faite

---

<sup>36</sup> J. RAWLS, préc., note 15, p. 38.

<sup>37</sup> *Id.*, p. 48.

<sup>38</sup> *Id.*, p. 167.

qu'entre eux et n'affecterait qu'eux. Il n'y aura pas, directement, d'impact social. La négociation publique du contrat social permet une évolution dans un débat de société. Il faut toutefois noter que les principes négociés doivent être généraux. S'ils étaient trop spécifiques, ils risqueraient de n'être applicables qu'à certains individus ou dans certaines situations, ce qui n'est pas l'effet recherché.

D'autre part, le côté public joue un rôle important en ce que les personnes sont informées des tenants et aboutissants et peuvent évaluer le concept de justice qui y est véhiculé :

[...] le rôle public d'une conception de la justice mutuellement admise est de préciser d'un point de vue à partir duquel tous les citoyens peuvent examiner, les uns devant les autres, si leurs institutions sont justes ou pas.<sup>39</sup>

La publicité de l'entente permet donc de prendre conscience des valeurs de la société et aussi d'évaluer si les institutions auxquelles ces valeurs s'appliquent les respectent. Il serait possible d'affirmer qu'au Québec, la *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>40</sup> joue le rôle de position originelle. C'est cette position originelle qui permet aux citoyens de voir s'ils agissent « justement » et en accord avec les autres. Les institutions québécoises doivent également agir en fonction de cette Charte.

Certaines contraintes peuvent s'appliquer à certains principes qui feront partie de la position originelle, dont la hiérarchisation. Pour Rawls, il s'agit pour les participants de déterminer une priorité entre des positions, si la position b est plus juste que la position

---

<sup>39</sup> John RAWLS, « L'idée d'un consensus par recoupement », (1988) 93-1 *Rev. Métaphys. Morale* 3-32, 9.

<sup>40</sup> *Charte des droits et libertés de la personne*, préc., note 2.

a, alors la position b prend préséance sur la position a<sup>41</sup>. Comme le choix des principes est fait par les participants, Rawls suppose que ces participants s'entendront également sur la priorité à accorder aux principes<sup>42</sup>. Ils conviendront de la valeur des principes négociés. En examinant le raisonnement derrière ces choix, nous arriverons à comprendre ce qui détermine le poids ou la valeur de ces principes.

Afin de nous aider à comprendre la hiérarchisation, Rawls a établi deux règles de priorité :

PREMIÈRE RÈGLE DE PRIORITÉ (PRIORITÉ DE LA LIBERTÉ)

*Les principes de la justice doivent être classés en ordre lexical, c'est pourquoi les libertés de base ne peuvent être limitées qu'au nom de la liberté. Il y a deux cas :*

*a) une réduction de la liberté doit renforcer le système total des libertés pour tous;*

*b) une inégalité des libertés doit être acceptable pour ceux qui ont une liberté moindre.*

SECONDE RÈGLE DE PRIORITÉ (PRIORITÉ DE LA JUSTICE SUR L'EFFICACITÉ ET LE BIEN-ÊTRE)

*Le second principe de la justice est lexicalement antérieur au principe d'efficacité et à celui de la maximisation de la somme totale d'avantages; et la juste (fair) égalité des chances est antérieure au principe de différence. Il y a deux cas :*

*a) une inégalité des chances doit améliorer les chances de ceux qui en ont le moins;*

*b) un taux d'épargne particulièrement élevé doit, au total, alléger la charge de ceux qui ont à le supporter.<sup>43</sup>*

Selon la priorité de la liberté, ma liberté s'arrête là où la liberté des autres commence<sup>44</sup>.

Ma liberté peut être limitée si l'objectif est de favoriser la liberté générale. Ainsi, si la

---

<sup>41</sup> J. RAWLS, préc., note 15, p. 166.

<sup>42</sup> *Id.*, p. 68.

<sup>43</sup> *Id.*, p. 341.

liberté d'expression est la liberté visée pour tous, d'imposer des pratiques à la façon d'intervenir en classe limite une liberté d'expression qui deviendrait cacophonique si tout le monde parlait en même temps. Il s'agit d'imposer des règles pour permettre de profiter de la liberté d'expression et de permettre au message véhiculé d'être entendu. Il ne s'agit pas ici de limiter la liberté d'expression, mais plutôt, en imposant des règles aux participants sur la manière de prendre la parole, de permettre à tous de prendre la parole.

La seconde règle de priorité met en lumière que ce qui est le plus important pour Rawls est la justice et non l'efficacité d'une société donnée. Rawls ne veut pas qu'on désavantage certains ou soi-même au bénéfice du plus grand nombre. Rawls s'oppose donc à l'utilitarisme. Il réitère que la justice prime et que si une inégalité existe, elle doit, comme je l'ai mentionné plus tôt, être à l'avantage des plus démunis.

Le paragraphe b) de cette section porte sur l'économie. Bien que je ne fasse pas de lien entre cette partie et le jugement à l'étude, je soulignerai que Rawls utilise cette partie, entre autres, dans la sphère du partage du patrimoine intergénérationnel. Rawls mentionne qu'une génération ne doit pas se sacrifier économiquement au profit de la génération à venir<sup>45</sup>. Ou l'inverse, une génération ne doit pas vivre de manière à sacrifier la génération qui vient. On voit là encore que la théorie de Rawls est à l'opposé de l'utilitarisme qui préconise le bonheur pour la majorité au détriment, parfois, d'un plus petit nombre.

---

<sup>44</sup> André DUHAMEL et Nouredine MOUELHI, *Éthique: histoire, politique, application*, Boucherville, Québec, gaëtan morin éditeur, 2001, p. 93.

<sup>45</sup> J. RAWLS, préc., note 15, sect. 44.

Je me permets ici quelques mots sur l'utilitarisme puisqu'il s'agit, selon moi, d'une des défenses utilisées dans le débat opposant le droit à la liberté d'expression et le droit au respect de la dignité. Cette défense est basée sur l'utilitarisme tel que conçu par Jeremy Bentham (1748-1832). Il considère l'utilitarisme comme étant un calcul du bonheur pour le plus grand nombre de personnes. L'important est dans la quantité de plaisir, pas dans la valeur ou dans la qualité du plaisir. Tous les plaisirs sont de valeurs équivalentes et le plaisir de la poésie vaut autant que celui du jeu de quilles<sup>46</sup>. Pour Bentham, il ne faut pas privilégier notre propre plaisir au-delà du plaisir des autres : chacun compte pour un<sup>47</sup>. Le vote d'un roi ne vaut donc pas plus que le vote d'un paysan. Étant anglo-saxon et vu l'époque où Bentham a élaboré sa théorie, on peut voir dans cette idée une évolution du concept de la démocratie : le roi et le paysan sont à pied d'égalité dans la quête du plaisir.

Si notre plaisir se fait au détriment d'une majorité, il faut accepter le sacrifice de s'abstenir de ce plaisir pour le bonheur de la majorité. Il faut donc être impartial dans nos décisions. Pour Bentham, cette impartialité corrige la possibilité d'être égoïste dans nos décisions. Mon plaisir compte comme un parmi tant d'autres et n'a pas plus de valeur que celui des autres même pour moi.

Un autre philosophe, John Stuart Mill (1806-1873), nuancera l'utilitarisme en ajoutant que la qualité du plaisir compte dans le calcul. Toutefois, ce qui importe est le résultat,

---

<sup>46</sup> W. KYMLICKA, préc., note 29, p. 21.

<sup>47</sup> *Id.*, p. 42.

l'utilité de l'acte et non son intention<sup>48</sup>. Ainsi, aider son prochain pour recevoir la gloire du geste ne change en rien au fait qu'on aide son prochain. Le geste posé est utile même s'il peut paraître égoïste. Il faudra réfléchir à savoir si faire rire plusieurs personnes pour en tirer un revenu peu importe la blague est une conséquence avantageuse de l'utilitarisme. Le sacrifice d'un des membres d'une société vaut-il le rire d'un public? Notons que Mike Ward a gagné le titre d'humoriste de l'année en 2016<sup>49</sup>. Il s'agit d'un vote du public. Doit-on conclure que le public qui a voté préférerait la liberté d'expression au droit à la sauvegarde de la dignité prenant ainsi une position utilitariste? Cette réflexion faisait-elle partie du vote? Je ne peux répondre à ces questions, mais je crois qu'il y a là un bel exemple d'utilitarisme par la recherche de plaisir d'une majorité sans tenir compte des conséquences pour une minorité. Le rire et le plaisir procuré par l'humour deviennent ainsi une défense acceptable pour Mike Ward, une permission de dépasser le tolérable comme l'a lui-même souligné l'humoriste<sup>50</sup>.

La position utilitariste est à l'opposé de la position minimale acceptable préconisée par Rawls. Il nomme ceci le « maximin » : le maximum du minimum acceptable. Il s'agit de maximiser la position minimale de sorte qu'on crée le moins de disparité possible entre les personnes<sup>51</sup>. Ainsi, plutôt que de tenter sa chance en étant utilitariste et faire un choix calculé de possibilités de richesses ou de pauvreté dans une distribution très

---

<sup>48</sup> Michel MÉTAYER, *La philosophie éthique : enjeux et débats actuels*, 4e éd., Saint-Laurent, Québec, Éditions du Renouveau pédagogique, 2014, p. 70-71.

<sup>49</sup> Valérie-Micaela BAIN, « Dans la controverse, Mike Ward remporte l'Olivier de l'année », *Radio-Canada.ca* (15 mai 2016), en ligne : <<http://radio-canada.ca/nouvelle/781699/gala-les-olivier-2016-remise-prix>> (consulté le 21 juillet 2017).

<sup>50</sup> *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gabriel et autres) c. Ward*, préc., note 1, par. 18.

<sup>51</sup> W. KYMLICKA, préc., note 29, p. 78.

inéquitable de biens ou d'avantages, Rawls préconise de prioriser une solution où les plus favorisés de la société auront moins d'avantages dans l'espoir que les plus désavantagés en auront suffisamment. Lorsqu'il s'agit de droits fondamentaux, un utilitariste comprendrait le sacrifice des droits de quelques personnes pour le bonheur d'une majorité. Pour Rawls, les droits fondamentaux ne sont pas éligibles à ce calcul coût-bénéfice :

Nous pensons que chaque membre de la société possède une inviolabilité fondée sur la justice ou, comme le disent certains, sur le droit naturel, qui a priorité sur tout, même le bien-être de tous les autres. La justice nie que la perte de liberté de certains puisse être justifiée par un plus grand bien que les autres se partageraient.<sup>52</sup>

Lors de l'analyse du jugement, je soulignerai les arguments utilitaristes de la défense tout en examinant les conclusions du juge à la lumière des idées de Rawls quant à l'affrontement du droit à la liberté d'expression et du respect de la dignité. Le devoir d'impartialité du juge pourrait prendre son origine dans l'utilitarisme de Bentham, mais, je crois, qu'il est beaucoup plus près du voile d'ignorance de Rawls.

### 1.3. Voile d'ignorance

[...] personne ne connaît le sort qui lui est réservé dans la répartition des capacités et des dons naturels, par exemple l'intelligence, la force, etc. [...] Les principes de justice sont choisis derrière un voile d'ignorance. Ceci garantit que personne n'est avantagé ou désavantagé dans le choix des principes par le hasard naturel ou par la contingence des circonstances sociales.<sup>53</sup>

Pour en arriver à une théorie de la justice équilibrée, Rawls a développé un concept entièrement hypothétique et novateur : le voile d'ignorance. Ce voile fait partie de la

---

<sup>52</sup> J. RAWLS, préc., note 15, p. 53.

<sup>53</sup> *Id.*, p. 38.

position originelle et il garantit l'impartialité des participants au contrat<sup>54</sup>. Ne sachant pas où est notre place dans la société, nous voudrions qu'il y ait le plus d'équité possible entre toutes les positions puisqu'il est du domaine du probable que nous nous retrouvions avec la pire place dans cette société.

Supposons qu'une des libertés de notre contrat de société soit la liberté d'expression. Si je sais que dans cette société je serai un président américain frileux à la critique, je limiterai la pratique de la liberté d'expression aux idées qui correspondent aux miennes ou, à tout le moins, à l'absence de critique à mon sujet. Si je sais que je serai humoriste, j'ouvrirai la liberté d'expression à toutes les formes d'humour possibles au nom de la liberté artistique. En ne sachant pas ma place dans cette société, je voudrai exercer ma liberté d'expression le plus ouvertement possible en tenant compte de certaines limites dans un éventuel contrat social comme la propagande haineuse, la pornographie juvénile, etc.

Dans l'évaluation de la pratique et des limites de la liberté d'expression, les participants évalueront et discuteront des possibilités raisonnables. Les choix qu'ils feront seront ceux avec lesquels ils voudront vivre, peu importe la position sociale qu'ils auront, une fois le voile d'ignorance levé. Ils assumeront les conséquences de leurs décisions. C'est la conclusion à laquelle Rawls en arrive: en tant que personnes raisonnables, nous sommes capables de faire des choix éclairés et d'accepter les conséquences de ces choix.

---

<sup>54</sup> *Id.*

Rawls soulève cependant un point qui me semble curieux. Sous le voile d'ignorance, nous sommes tous rationnels, nous sommes tous placés dans la même situation et nous ignorons tous notre position, nous devrions donc arriver à des conclusions unanimes puisque nous raisonnerons tous de la même façon. Nous sommes égaux jusque dans nos réflexions ultimes :

C'est pourquoi nous pouvons comprendre l'accord conclu dans la position originelle à partir du point de vue d'une personne choisie au hasard. Si quelqu'un, après mûre réflexion, préfère une conception de la justice à une autre, alors tous la préféreront et on parviendra à un accord unanime.<sup>55</sup>

Rawls semble dire qu'ultimement, sous le voile d'ignorance, la présence des autres pourrait être inutile<sup>56</sup> pour en arriver aux concepts de justice nécessaires dans une société bien ordonnée puisque de toute manière, tous s'entendraient dans cette position. Faire l'exercice seul du voile de l'ignorance reviendrait au même que de faire l'exercice à plusieurs. En ce sens, pourquoi aurais-je besoin des autres et en quoi le contrat qui surgit de cette position serait-il un contrat « social » ? Rawls reviendra ultérieurement sur cette idée d'unanimité à travers son livre *Justice et Démocratie*<sup>57</sup>. Il y suggère que bien qu'on puisse arriver à s'entendre sur des concepts de base pour un contrat social démocratique, la pluralité diversifie l'interprétation de ces concepts. Dans la seconde partie de mon mémoire, je présenterai la liberté d'expression qui fait partie de la société canadienne et américaine. Ces deux sociétés sont semblables, pourtant, la

---

<sup>55</sup> *Id.*, p. 171.

<sup>56</sup> Susan MOLLER OKIN, « Raison et sentiment dans la réflexion sur la justice », dans *Le souci des autres. Éthique et politique du care*, Paris, Éditions de L'École des hautes études en sciences sociales, 2005, p. 115.

<sup>57</sup> John RAWLS, *Justice et démocratie*, traduit par Catherine AUDARD, coll. Points, Paris, Éd. du Seuil, 2000.

liberté d'expression y est pratiquée différemment. C'est, je crois, ce à quoi Rawls fait référence. Il prend donc un recul de la position qu'une personne seule arriverait à la même conclusion qu'un groupe de personnes. Il y aura donc des contrats sociaux qui reflèteront des interprétations différentes des mêmes droits. Pour arriver au contraire, c'est-à-dire une unanimité et son maintien, il faudrait mettre en place un régime tyrannique<sup>58</sup>, ce qui est évidemment contraire à l'approche libérale de Rawls. On s'éloigne donc de ce que je percevais comme un « monologue » social, c'est-à-dire la décision d'une seule personne aussi raisonnable soit-elle, pour en arriver à un contrat social qui peut être interprété de différentes manières par des personnes libres et rationnelles. Les bases du contrat peuvent être les mêmes, les conflits résulteront de la diversité d'interprétation.

On peut reconnaître l'idée de Kant et sa règle d'universalisation dans l'idée de rationalité. En effet, lorsque Kant écrit : « Agis seulement d'après la maxime grâce à laquelle tu peux vouloir en même temps qu'elle devienne une loi universelle »<sup>59</sup>, on voit l'idée d'un contrat social dont les bases sont universelles dans une société démocratique. Rawls s'inspire du concept de Kant, qu'il soupçonne d'avoir eu l'intuition du voile d'ignorance, dans le développement de sa doctrine<sup>60</sup>. Pour Rawls, c'est sous le voile d'ignorance que des personnes rationnelles arriveront à trouver des règles qu'ils voudront pour eux-mêmes et pour les autres. Ce n'est pas à travers la bienveillance et l'empathie que les participants en arrivent à ces règles, mais bien à travers la raison :

---

<sup>58</sup> *Id.*, p. 325.

<sup>59</sup> Emmanuel KANT, *Métaphysique des mœurs I*, traduit par Alain RENAUT, Paris, GF-Flammarion, 1994, p. 97.

<sup>60</sup> J. RAWLS, préc., note 15, p. 172.

[...] c'est uniquement parce que les occupants de la position originelle sont censés se trouver sous le voile d'ignorance qu'on peut les présenter comme les agents « rationnels, mutuellement désintéressés » qui caractérisent la théorie du choix rationnel. On peut considérer qu'ils ne pensent qu'à eux, *uniquement* parce qu'ils ignorent *quels sujets* ils vont devenir, et qu'ils doivent par conséquent tenir compte des intérêts de tous les autres.<sup>61</sup>

En ne sachant pas ma destination finale, ma position dans la société, j'ai finalement tout avantage à penser à toutes les situations possibles pour m'assurer que la pire des positions me conviendra si tel est mon destin. Je peux dire que ma rationalité désintéressée est une forme d'égoïsme. Je ne suis pas utilitariste en tentant ma chance et en favorisant une position qui pourrait être éventuellement la mienne. Je suis égoïste et je planifie quel est le seuil minimal tolérable pour moi au cas où je termine bon dernier. Ce faisant, je m'assure que les autres ne vivront pas sous un seuil que je considère comme intolérable.

Réflexion et rationalité sont encore et toujours bien présentes au cœur de la théorie de Rawls :

[...] du point de vue de la position originelle, il est rationnel pour les partenaires de supposer qu'ils veulent une part plus large, puisque, de toute façon, ils ne sont pas obligés de l'accepter s'ils ne le souhaitent pas. Ainsi, même si les partenaires sont privés d'information sur leurs buts particuliers, ils en ont suffisamment pour hiérarchiser les solutions. Ils savent que, d'une manière générale, ils doivent essayer de protéger leurs libertés, d'élargir leurs possibilités et les moyens de favoriser leurs objectifs, quels qu'ils soient; guidées par la théorie du bien et les faits généraux de la psychologie morale, leurs réflexions ne sont plus des devinettes. Elles peuvent conduire à une décision rationnelle, au sens ordinaire.<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> S. MOLLER OKIN, préc., note 55 à la page 117.

<sup>62</sup> J. RAWLS, préc., note 15, p. 174.

Bien que le voile d'ignorance soit hypothétique, Rawls explique comment cet outil permet de prendre des décisions rationnelles. Si je trouve qu'on m'offre trop, je peux refuser le surplus. En tant que participant, il me suffit de savoir que le but à atteindre est de protéger les libertés et droits fondamentaux de tous, pas de savoir lesquels, parmi ces droits et libertés, j'utiliserai éventuellement. Bien que je sois aveugle à mes besoins futurs, je ne suis pas aveugle à l'essentiel nécessaire pour les membres de la société dans laquelle je vivrai. Les décisions prises sont fondées et rationnelles, elles ne sont pas aléatoires. Sous le voile d'ignorance, ma réflexion et mes choix ne seront pas biaisés par mes besoins éventuels.

Dans une situation idéale, le voile d'ignorance permet donc une impartialité parfaite. En réalité, je ne peux pas me mettre derrière le voile d'ignorance, mes décisions ne seront pas prises dans une impartialité parfaite. Je peux cependant utiliser le concept du voile d'ignorance pour tenter d'arriver à la plus grande impartialité possible dans ma prise de décisions. Ceci m'amène à explorer le concept qui permettra de faire l'aller-retour entre buts, jugements, valeurs et la position originelle. Ce concept est l'équilibre réfléchi.

#### 1.4. Équilibre réfléchi

On peut parler d'équilibre parce que nos principes et nos jugements finissent par coïncider et il est le résultat de la réflexion puisque nous savons à quels principes nos jugements se conforment et que nous connaissons les prémisses de leur dérivation.<sup>63</sup>

Cet équilibre est un aller-retour entre principes et jugements. Il nous permet une analyse de nos positions et une vérification aux principes de base, à la position originelle. Si

---

<sup>63</sup> *Id.*, p. 47.

nous avons dévié, nous pouvons ajuster le tir et modifier nos jugements afin que ceux-ci soient le plus équitables possible<sup>64</sup>. L'équilibre réfléchi est atteint lorsqu'il y a cohérence entre nos valeurs et les principes moraux du contrat social<sup>65</sup>. Il nous permet de voir si les gestes posés sont en accord avec les principes, les valeurs, la position originelle. Il s'agit donc de la vérification de notre enlignement sur l'horizon : « La théorie de la justice comme équité est une théorie de nos sentiments moraux tels qu'ils se manifestent dans nos jugements bien pesés en équilibre réfléchi »<sup>66</sup>.

Il s'agit là d'un outil de réflexion qui pourrait s'avérer fort utile dans l'analyse de décisions judiciaires. En pensant aux chartes canadienne et québécoise des droits et libertés de la personne comme la position originelle de notre société, dans le cadre d'un jugement, les arguments des parties serviront à discuter des diverses possibilités d'exercice de droits fondamentaux et les conclusions du juge seront l'équilibre réfléchi qui déterminera le repositionnement nécessaire dans l'exercice de droits qui s'affrontent tout en respectant l'idée d'égalité de la Charte. Dans le cadre d'un contrat social, l'équilibre réfléchi permettra de vérifier si les ententes auxquelles les participants arrivent respectent la position originelle.

Avant de parvenir à l'équilibre réfléchi, il faut d'abord se questionner sur ce qu'il y aura à l'intérieur de notre contrat social. Quels seront nos biens premiers?

---

<sup>64</sup> *Id.*, p. 73-74.

<sup>65</sup> Norman DANIELS, « Reflective Equilibrium », dans *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, p. 2, en ligne : <<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/reflective-equilibrium/>> (consulté le 13 avril 2017).

<sup>66</sup> J. RAWLS, préc., note 15, p. 153.

## 1.5. Biens premiers

Comme première étape, supposons que la structure de base de la société répartisse certains biens premiers (*primary goods*), c'est-à-dire que tout homme rationnel est supposé désirer. Ces biens, normalement, sont utiles, quel que soit notre projet de vie rationnel.<sup>67</sup>

Rawls identifie comme biens premiers ceux que toute personne raisonnable voudrait posséder pour s'accomplir dans la vie. Il ne s'agit pas ici d'un bien unique comme le veut la tradition chrétienne<sup>68</sup>, mais bien d'une pluralité de « conceptions du bien »<sup>69</sup> nécessaires à une pluralité de personnes :

Même si les citoyens n'adhèrent pas tous à la même conception rationnelle du bien, *complète* dans tous ses aspects essentiels et en particulier dans ses fins et ses allégeances ultimes, il suffit que deux éléments soient réunis : premièrement, que les citoyens se conçoivent eux-mêmes comme étant motivés par les deux intérêts d'ordre supérieur de la personnalité morale (tels qu'expliqués ci-dessous [les deux principes à la base de la théorie de la justice]); deuxièmement, que leurs conceptions particulières du bien, quelle que soit par ailleurs la diversité de leurs fins ultimes et de leurs allégeances, aient besoin à peu près des mêmes biens premiers pour se réaliser, par exemple des mêmes droits, libertés et opportunités [...]<sup>70</sup>.

Ce qui est nécessaire, c'est que les participants, que Rawls appelle ici « citoyens », s'entendent sur les grandes lignes et non sur les détails. Selon Rawls, ils s'entendront sur la nécessité de certains biens premiers comme le respect de soi et la liberté d'expression qui sont au cœur du litige sur lequel nous reviendrons. Ces biens premiers seront des points fixes, c'est-à-dire qu'ils doivent faire partie d'un contrat social d'une

---

<sup>67</sup> *Id.*, p. 93.

<sup>68</sup> John RAWLS, « Unité sociale et biens premiers », *Raisons Polit.* 2009.33.9-43, 10.

<sup>69</sup> *Id.*, 11.

<sup>70</sup> *Id.*, 12.

société ordonnée démocratique. L'exercice de ces biens premiers pourrait cependant varier selon les choix effectués par les participants du contrat social.

Il faut garder en tête que pour Rawls, la liberté d'expression, de concert avec la liberté de réunion, la liberté de pensée et de conscience sont essentielles à l'exercice de la démocratie<sup>71</sup>. Bien qu'on puisse vouloir en limiter l'exercice et qu'on arrive peut-être même à s'entendre à ce sujet, il faudra toujours s'assurer que les principes de base du contrat social démocratique soient respectés et ne soient pas sacrifiés pour le bonheur du plus grand nombre. D'où l'importance de points fixes dans le contrat social auxquels nous ne pouvons déroger.

En plus des libertés, il faut voir comment Rawls voit la dignité. Ce que Rawls définit comme le respect de soi est appelé « dignité » par d'autres. Rawls voit deux aspects à la définition du respect de soi :

Tout d'abord, [...] il comporte le sens qu'un individu a de sa propre valeur, la conception profonde qu'il a que sa conception du bien, son projet de vie valent la peine d'être réalisés. Ensuite, le respect de soi-même implique la confiance en sa propre capacité à réaliser ses intentions [...] <sup>72</sup>.

Le respect de soi dépend de la possibilité de réaliser ce à quoi nous attachons de l'importance. La position originelle doit offrir cette possibilité de réalisation à tous ces membres afin que ceux-ci soient sur un pied d'égalité dans la perception de leur dignité. Rawls pousse l'idée que si quelqu'un se respecte, qu'il possède le respect de soi, il arrivera à respecter les autres : « Quelqu'un qui a confiance en lui-même n'a pas de

---

<sup>71</sup> J. RAWLS, préc., note 15, p. 261.

<sup>72</sup> *Id.*, p. 479-480.

réticence à apprécier les autres »<sup>73</sup>. À travers ce respect de soi et d'autrui, la personne réalise qu'elle et les autres, ne sont jamais un moyen pour arriver à une fin.

Si l'on se réfère à une définition philosophique de la dignité, on peut voir que certaines idées développées plus haut résonnent avec celle-ci :

Au sens moral : valeur intrinsèque attachée à la personne humaine en tant que telle, c'est-à-dire indépendamment de ses caractères physiques et sa position sociale. La dignité implique que la personne soit toujours traitée comme une fin et jamais comme un moyen (Kant). L'observation de ce principe s'appelle respect.<sup>74</sup>

Bien que cette définition ne soit pas de Rawls, on y voit un point commun entre le respect de soi chez Rawls et le concept de personne en tant que fin de Kant. Pour Rawls, le principe d'égalité et de liberté ainsi que celui de différence sont des impératifs catégoriques kantien : en tant qu'être rationnel, je désire l'application des principes pour moi et pour les autres<sup>75</sup>. Lorsque j'agis de concert avec les principes choisis, je suis intègre et je me respecte comme je respecte les autres. Je vois que les autres sont des fins et non des moyens nous permettant d'arriver à nos fins personnelles. Je respecte ainsi leur intégrité et leur dignité :

[...] l'interprétation kantienne des principes de la justice nous permet de dire que, si tous agissent de façon à défendre les institutions justes, cela est à l'avantage de chacun. Les êtres humains ont le désir d'exprimer leur nature de personnes morales, libres et égales, et ils le réalisent de la manière la plus adéquate en agissant selon les principes qu'ils reconnaîtraient dans la position originelle. Quand tous tentent d'obéir à ces principes et que chacun y réussit, alors, individuellement et

---

<sup>73</sup> *Id.*, p. 481.

<sup>74</sup> Christian GODIN, *Dictionnaire de philosophie*, Paris, Fayard : Éditions du temps, 2004, v° « Dignité », p. 340-341.

<sup>75</sup> J. RAWLS, préc., note 15, p. 289-290.

collectivement, ils réalisent le mieux possible leur personnalité morale, et par là même, leur bien individuel et collectif.<sup>76</sup>

Que ce soit sous le voile d'ignorance et dans une impartialité complète qu'on pourrait qualifier d'égoïsme moral<sup>77</sup>, ou qu'en voulant appliquer la théorie de Rawls à la réalité et qu'ainsi on voit dans son fondement une empathie pour les autres très développée<sup>78</sup> plutôt que la rationalité, je réalise que Rawls nous outille pour réfléchir à la manière de concevoir le contrat social dans lequel s'exercera la liberté d'expression et le respect de la dignité et pour en définir l'exercice. C'est ainsi que l'on part d'une idée, d'une hypothèse pour en arriver à un outil de réflexion réel.

C'est en gardant en tête les concepts établis par Rawls que j'analyserai la décision du juge Scott Hughes dans la cause *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gabriel et autres) c. Ward*.<sup>79</sup> J'examinerai aussi la place faite à la liberté d'expression et au respect de la dignité au Québec, en Europe et aux États-Unis pour constater si les droits fondamentaux, qui en théorie sont les mêmes, y reçoivent des traitements équivalents.

## 2. L'affaire Mike Ward et Jérémy Gabriel

Mon but dans cette deuxième partie n'est pas de prendre position pour la liberté d'expression ou pour le droit au respect de la dignité, ou encore d'en définir les limites de l'exercice de ces droits. Je voudrais plutôt utiliser le jugement rendu contre Mike

---

<sup>76</sup> *Id.*, p. 570.

<sup>77</sup> S. MOLLER OKIN, préc., note 55 à la page 114.

<sup>78</sup> *Id.* aux pages 122-123.

<sup>79</sup> *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gabriel et autres) c. Ward*, préc., note 1.

Ward pour établir la place de la liberté d'expression et du droit au respect à la dignité dans le contexte actuel. Dans cette décision, le juge a délimité l'exercice de ces droits fondamentaux dans le cadre du contrat social québécois. Par la suite je ferai quelques observations sur ces mêmes droits, mais exercés dans différentes sociétés. Il s'agit d'un regard sur des interprétations différentes qui, je crois, peuvent nous amener à réfléchir autrement. Je tenterai de présenter ces différentes facettes de la manière la plus objective possible. Ainsi, sous le voile d'ignorance, j'établirai de quelles manières il est possible de concevoir différentes approches à l'exercice de ces droits fondamentaux.

## 2.1 Liberté d'expression et dignité

Dans son jugement rendu en juillet 2016, le juge Scott Hughes met en lumière le droit à la liberté d'expression et le droit au respect de la dignité dans un contexte québécois. Ces droits font partie de la *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>80</sup> du Québec. Cette Charte peut être vue comme le contrat social du Québec qui établit nos droits et libertés fondamentaux.

Dès le préambule de la Charte, on mentionne à deux reprises la dignité :

Considérant que tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité et ont droit à une égale protection de la loi;

Considérant que le respect de la dignité de l'être humain, l'égalité entre les femmes et les hommes et la reconnaissance des droits et libertés dont ils sont titulaires constituent le fondement de la justice, de la liberté et de la paix;<sup>81</sup>

---

<sup>80</sup> *Charte des droits et libertés de la personne*, préc., note 2.

<sup>81</sup> *Id.*, part. préambule.

Vient ensuite une liste de libertés et droits fondamentaux dont font partie la liberté d'expression et la sauvegarde de la dignité :

3. Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association.

4. Toute personne a droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation.<sup>82</sup>

Comme le dit si bien le juge Hughes en ouverture du jugement, ces droits sont inhérents à toutes personnes<sup>83</sup>. S'il souligne que la dignité est la « 'Pierre angulaire' de la Charte »<sup>84</sup>, il mentionne également que la liberté d'expression est « au cœur » de la démocratie<sup>85</sup>. J'en conclus donc qu'autant la dignité que la liberté d'expression sont centrales dans notre contrat social.

Il n'y a pas qu'au Québec que la sauvegarde de la dignité et le droit à la liberté d'expression sont enchâssés dans une charte. Les articles 1 et 19 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*<sup>86</sup> font de même donnant ainsi à tout être humain ces droits fondamentaux.

La Cour Suprême du Canada s'est penchée sur les concepts de liberté d'expression et sur la définition de la dignité. Dans son aspect subjectif, la dignité est liée au sentiment

---

<sup>82</sup> *Charte des droits et libertés de la personne*, préc., note 2 art. 3 et 4.

<sup>83</sup> *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gabriel et autres) c. Ward*, préc., note 1, par. 1.

<sup>84</sup> *Id.*, par. 61.

<sup>85</sup> *Id.*, par. 73.

<sup>86</sup> ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, « Déclaration universelle des droits de l'homme », (1948) 10 *Résolution 217A III*, en ligne : <<http://library.fes.de/pdf-files/netzquelle/a93-03399.pdf>> (consulté le 8 juin 2017).

de respect et d'estime de soi<sup>87</sup>. L'aspect objectif du droit à la sauvegarde de la dignité, et ce qui fait que ce droit est vraiment inhérent à tout être humain est lorsque la personne visée n'a pas la capacité intellectuelle de réaliser le traitement indigne à son égard<sup>88</sup>. Quant au droit à la liberté d'expression, il a trois valeurs sous-jacentes : « l'épanouissement personnel, la recherche de la vérité par l'échange ouvert d'idées et le discours politique qui est fondamental pour la démocratie »<sup>89</sup>.

Bien que le droit à la liberté d'expression soit fondamental au Québec, il n'est pas absolu et peut être restreint, entre autres, par « le droit à la sauvegarde de la dignité »<sup>90</sup>. Il n'empêche cependant pas d'émettre des idées différentes de celles des autres et permet même l'insulte. Ce qui est exclu d'entrée de jeu en droit canadien est : « l'écrit ou le discours qui exprime la violence ou la menace de recourir à la violence »<sup>91</sup>.

Dans la poursuite contre Mike Ward, ce sont plutôt les blagues portant sur le handicap de Jérémy Gabriel qui seront décisives. J'y reviendrai, mais j'aimerais d'abord soulever une question très intéressante que se pose le juge Hugues: la liberté d'expression artistique est-elle une excuse à l'offense? Il s'agit là d'une des défenses soutenues par l'avocat de Mike Ward. Y aurait-il une immunité humoristique?

---

<sup>87</sup> *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gabriel et autres) c. Ward*, préc., note 1, par. 100; Marie GRÉGOIRE, « Le parcours tumultueux des propos injurieux en droit québécois depuis 2009 : l'arrêt Génex Communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo (ADISQ) est-il toujours pertinent ? », (2016) 57-1 *Cah. Droit* 3-23, 7, DOI : 10.7202/1035212ar.

<sup>88</sup> M. GRÉGOIRE, préc., note 86, 7.

<sup>89</sup> *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gabriel et autres) c. Ward*, préc., note 1, par. 124.

<sup>90</sup> *Id.*, par. 75.

<sup>91</sup> *Id.*, par. 74.

Afin de déterminer si un propos peut justifier l'atteinte à la sauvegarde de la dignité d'une personne, les tribunaux ont établi certains critères : la véracité des propos, l'intérêt public, le contexte, le ton employé et l'identité de l'auteur et de la victime<sup>92</sup>.

Pour Mike Ward, le fait de rire de Jérémy Gabriel et de son handicap est une manière de l'inclure et de briser les tabous. Il se sert du rire du public pour valider ses blagues : si le public rit, c'est réussi. Dans le cas des blagues portant sur Jérémy Gabriel, elles ont, le plus souvent, plu au public. Mike Ward ne s'est jamais questionné sur l'effet de ses blagues sur Jérémy Gabriel ou sa famille. Je considère qu'il a utilisé une approche utilitariste en tenant compte du vote de chacun tout au long des trois années qu'il a fait son numéro pour justifier sa position. Les spectateurs ont été nombreux à rire de ces blagues. Nous sommes en présence du plaisir pour le plus grand nombre sans tenir compte du sacrifice de quelques personnes. Le numéro « Les Intouchables » dans lequel l'humoriste se moque de Jérémy Gabriel et la perception d'inclusion d'un enfant handicapé peuvent nous faire réfléchir aux limites de l'exercice de la liberté d'expression que nous désirons dans notre contrat social. Le juge Hughes n'a cependant pas retenu l'argument d'inclusion. Il faudra voir si les instances supérieures seront d'accord avec lui.

Dans son jugement, le juge Hughes soulève que le fait d'être une personnalité publique ne veut pas dire qu'il y a un renoncement à la sauvegarde de sa dignité. La plateforme publique de l'humoriste lui impose une responsabilité : « Un humoriste ne peut agir uniquement en fonction des rires de son public; il doit aussi tenir compte des droits

---

<sup>92</sup> *Id.*, par. 130.

fondamentaux des personnes victimes de ses blagues »<sup>93</sup>. La liberté d'expression artistique doit, tout comme la liberté d'expression générale, tenir compte des autres droits fondamentaux. L'humour n'a pas d'immunité puisque les blagues qui ont été faites : « ne soulèvent pas une question d'intérêt public et ne s'inscrivent pas dans le cadre d'un débat public sur des questions d'intérêt général »<sup>94</sup>. Ceci ne veut pas dire pour autant qu'une blague « méchante » est une attaque au droit à la dignité et un recours automatique devant les tribunaux pour la personne offensée.

Une des limites observées par le juge est la tolérance nécessaire d'une personne raisonnable pour permettre l'exercice de la liberté d'expression. Dans ce cas-ci, pour le juge, les limites du raisonnable ont été dépassées, ou mieux encore, les limites d'une personne raisonnable ont été dépassées.

Il faut en arriver à un équilibre difficile entre les droits fondamentaux. Le juge, par son impartialité, se met sous le voile d'ignorance pour y arriver. Il doit entendre les arguments des parties sans prise de position préalable. Il regarde le contrat social en place (la charte). Les droits fondamentaux font partie des biens premiers qui, dans la position originelle, sont protégés. En utilisant l'équilibre réfléchi, il fait des allers-retours entre les faits présentés et la position originelle. Sa décision se fonde sur la raison et non l'émotion, tout comme la théorie de la justice de Rawls. Ceci apparaît à quelques reprises dans le jugement rendu et surtout lorsqu'il est question du père de Jérémy Gabriel, Steeve Lavoie, à qui aucune somme d'argent n'a été attribuée par le juge :

---

<sup>93</sup> *Id.*, par. 134.

<sup>94</sup> *Id.*, par. 137.

Quant à monsieur Lavoie, il a été très touché par les propos de monsieur Ward au sujet de son fils et de sa conjointe. Il a éprouvé de la colère, de la tristesse et un sentiment d'impuissance. Cependant, il n'a pas été lui-même victime d'un traitement préjudiciable de la part de monsieur Ward. Le Tribunal comprend les sentiments exprimés par monsieur Lavoie, mais rejette les réclamations le concernant.<sup>95</sup>

Pour le juge, une personne raisonnable doit distinguer entre les émotions et les blagues ou les propos discriminatoires à l'égard d'une personne déterminée. Si le handicap n'était pas protégé par la Charte, la décision du juge aurait pu être différente. C'est donc la protection du handicap dans le contrat social québécois qui est à la base de la décision du juge Hugues. Ce sera à la Cour d'appel du Québec et possiblement à la Cour Suprême du Canada de valider ou de rejeter les conclusions de ce jugement et ainsi indiquer où sont les valeurs de la Charte en ce qui concerne la liberté d'expression et la sauvegarde de la dignité.

Il ne faudrait cependant pas croire que s'il n'y avait pas eu de handicap, le résultat aurait été automatiquement différent. D'autres décisions judiciaires opposant, entre autres, la station de radio CHOI-FM et l'animateur Jeff Fillion à Sophie Chiasson, une présentatrice météo, sont aussi en faveur de la sauvegarde de la dignité même si les propos de Jeff Fillion n'étaient pas en lien avec un handicap de Sophie Chiasson, mais plutôt ses attributs physiques.

Un des arguments en faveur d'une liberté d'expression absolue qui semble se répéter est qu'une personnalité publique doit s'attendre à une certaine critique à cause de sa présence dans les médias. Dans l'affaire Fillion-Chiasson, c'est en partie sous la bannière de l'humour que cette critique a été soulevée comme défense : comme

---

<sup>95</sup> *Id.*, par. 147.

l'humour faisait partie du spectacle, celui-ci dédouanerait les propos d'une accusation d'attaque personnelle sur une personnalité publique<sup>96</sup>. Cette défense a été présentée devant le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) et la Cour supérieure du Québec dans cette affaire.

Le CRTC n'a pas retenu cette défense et retirera, au final, le droit de diffusion à la station de radio. Il faut se rappeler que Sophie Chiasson n'était pas la seule cible de la station radio et son animateur vedette qui ont :

[...] contrevenu aux dispositions portant sur la qualité de l'information et le discours haineux pour des motifs liés à l'origine ethnique ou nationale, à la race, la couleur, la religion, l'âge, les handicaps physiques ou mentaux, le sexe, l'orientation sexuelle ou la situation de famille, aux dispositions portant sur le respect de la vie privée, sur l'interdiction de faire des attaques personnelles, sur le respect des participants à une émission ou une tribune téléphonique et sur l'interdiction des propos vulgaires.<sup>97</sup>

Parce que cette affaire concernait la liberté d'expression, plusieurs personnalités et organismes publics ont défendu ce droit. L'avocat Guy Bertrand avait souligné que tout est possible en démocratie, même tuer, si nous sommes prêts à en assumer les conséquences. Pour cet avocat, la solution au conflit était dans l'accès au système judiciaire pour les gens offensés<sup>98</sup>. La journaliste Anne-Marie Dussault soulignait que les journalistes défendaient la cause de la liberté d'expression tout en reconnaissant que des responsabilités y étaient liées. Elle avait cependant l'impression de défendre « un tueur en série »<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup> A.-M. GINGRAS, préc., note 20, 84.

<sup>97</sup> *Id.*

<sup>98</sup> *Id.*, 84-85.

<sup>99</sup> *Id.*, 91.

Une des décisions dans cette affaire qui a été rendue le 11 avril 2005 par le juge Yves Alain de la Cour supérieure du Québec me donne à réfléchir. Le juge en vient à la conclusion que les propos de l'animateur radio au sujet de Sophie Chiasson ont porté : « atteinte à la dignité, à l'honneur et à l'intégrité de l'être humain en général et de Mme Chiasson en particulier; ces propos sont des insultes et des attaques gratuites. Il s'agit d'un manque de respect pour la personne humaine »<sup>100</sup>. Pour lui, dans cette affaire, la liberté d'expression était un prétexte au profit économique d'une station radio qui misait sur un animateur populiste qui avait d'excellentes cotes d'écoute.

Ceci m'amène à penser que ce n'est pas tant la dignité qui gagne, mais l'exercice de la liberté d'expression qui est encadré selon nos valeurs de société. Même si l'animateur avait de bonnes cotes d'écoute dans la région de Québec, cela ne fait pas de son style d'exercice de paroles des biens premiers au sens de la théorie de John Rawls.

Les biens premiers, nos droits fondamentaux, sont prépolitiques, c'est-à-dire qu'ils précèdent le contrat social et ainsi en font partie de facto dans une société libre et démocratique. Il ne s'agit pas de négocier les droits fondamentaux, mais de discuter des tenants et aboutissants à l'intérieur desquels nous les exercerons. L'exercice sera à l'image des valeurs de la société dans laquelle nous vivons. Si nous désirons vivre dans une société juste, l'idée de faire abstraction de notre rôle en s'efforçant d'utiliser le voile d'ignorance peut nous amener à prendre les décisions qui bénéficieront à l'ensemble. Nous ne pouvons être parfaits dans cette abstraction, mais nous pouvons tenter d'y

---

<sup>100</sup> *Id.*, 87.

parvenir, quitte à passer par un sentiment d'empathie extrême qui pourrait aboutir au même résultat<sup>101</sup>.

Les débats nous permettant de définir l'exercice de la liberté d'expression ne peuvent être que houleux, j'ajouterais même : et c'est tant mieux. La liberté d'expression est primordiale à la démocratie. L'auteure Anne-Marie Gingras résume bien cette idée : « Valeur phare de la civilisation moderne, la liberté d'expression rend possible la démocratie en permettant que soient publiquement étalés des points de vue différents et contradictoires sur l'orientation de la société »<sup>102</sup>.

Le débat doit faire place à la dignité, mais celle-ci est, selon moi, impossible sans liberté d'expression. La liberté d'expression doit permettre le débat d'idée tout en respectant la dignité humaine. C'est ici je crois que la réflexion et l'équilibre sont nécessaires. J'ajouterais aussi un élément de luxe : le temps de réfléchir à ce qui est dit afin d'assimiler les divergences d'opinions et d'en arriver à une prise de décision raisonnée. L'on sait que, le plus souvent, ce temps manque et qu'il n'est pas réparti de manière équitable entre tous et toutes. Peut-être serait-il intéressant de réfléchir à cette question plus avant, soit la dimension de privilège associée à une telle possibilité, mais là n'est pas mon propos pour l'instant.

En utilisant l'équilibre réfléchi, après avoir entamé le débat, nous pouvons examiner à nouveau la position originelle et les biens premiers qui font partie du contrat social et voir si notre discours est en accord avec l'horizon visé. Il est plus facile de parler

---

<sup>101</sup> S. MOLLER OKIN, préc., note 55 à la page 117.

<sup>102</sup> A.-M. GINGRAS, préc., note 20, 89.

d'équilibre que d'y arriver. Même dans une société relativement homogène, nous sommes confrontés à des conflits de valeurs. Devant le fait que nos sociétés démocratiques se pluralisent, nous sommes en droit de supposer que la recherche de l'équilibre représentera un défi de plus en plus grand. Il ne peut y avoir un seul et unique équilibre. Non seulement notre société a changé, mais elle est elle-même différente des autres sociétés dans l'interprétation de l'exercice de ses droits fondamentaux. La culture a un impact sur l'interprétation des valeurs et, par le fait même, sur le contrat social d'une société donnée.

Cet équilibre difficile se reflète dans notre interprétation de l'humour. Ainsi, parfois l'humour de l'un est l'insulte de l'autre. L'humour a une place dans la liberté d'expression et, selon une ligne de pensée, nous devrions composer avec les revers de l'humour dans une société libre et démocratique sans donner à l'humour une immunité absolue. La frontière de l'humour serait le discours haineux : « un message de haine à l'égard d'un groupe »<sup>103</sup>. Il faudrait avoir le droit de se moquer d'une idée ou d'une idéologie tout en protégeant la personne dont émane l'idée ou qui vit selon les principes d'une idéologie.

Toujours selon cette ligne de pensée, il y aurait un lien entre l'humour et la démocratie : « Si vous voulez jouir d'une liberté, le prix à payer c'est d'en accepter les excès, quitte à les réguler. Si vous acceptez le droit à l'humour, qui n'existe que dans les démocraties, alors forcément il vous faudra accepter les dérapages »<sup>104</sup>. Le rôle de l'humour est donc important, mais n'est pas absolu. Il s'agit là encore d'une piste de réflexion intéressante.

---

<sup>103</sup> R. MALKA, préc., note 21, 2.

<sup>104</sup> *Id.*, 3.

L'humour, sous l'égide de la liberté artistique, a sa place à l'intérieur de la liberté d'expression, mais ne permet pas tout.

L'humour diffère d'une société à une autre, mais un trait qu'ont en commun le Canada et la France est que les limites de l'humour semblent être l'attaque personnelle. Il ne faudrait pas s'acharner sur une personne, mais s'il s'agit d'un groupe et qu'il ne s'agit pas de propagande haineuse<sup>105</sup>, les résultats pourraient être différents. Le droit à la sauvegarde de la dignité est-il un droit individuel?

En 1993, le Tribunal de grande instance de Paris semble être arrivé à cette conclusion et n'a pas accepté qu'un humoriste traite un élu français de facho et nazi :

[...] il n'existe pas d'impunité de principe pour l'humoriste et sa liberté d'expression à certaines limites : obligation de ne pas porter atteinte à la vie privée ou personnelle des intéressés et absence de volonté systématique de nuire, soit la nécessité d'éviter les attaques répétées et malveillantes à l'encontre d'une même cible [...] <sup>106</sup>

La Cour suprême du Canada s'est penchée sur le droit à la sauvegarde de la dignité d'un groupe et c'est en utilisant le concept du citoyen raisonnable qu'elle en est arrivée à sa décision<sup>107</sup>. La Cour n'était pas unanime dans cette affaire où un animateur de radio avait insulté certains chauffeurs de taxi montréalais d'épithètes racistes. Bien que l'animateur ait traité les chauffeurs haïtiens et arabes de « ti-nègres » ou « fakirs » et qu'il ait soulevé des doutes sur la provenance de leur permis, la propreté des véhicules et la compétence des chauffeurs, la Cour suprême a nié un recours collectif lancé par

---

<sup>105</sup> *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, part. VIII, 318 à 320, en ligne : <<http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/C-46/>>.

<sup>106</sup> Bernard MOUFFE, *Le droit à l'humour*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 486.

<sup>107</sup> Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc., [2011] 1 R.C.S. 214 dans M. GRÉGOIRE, préc., note 86, 12-16.

l'un d'eux parce que : « le préjudice n'est pas assez individualisé, les propos tenus, selon la majorité [du tribunal], ne pouvant, dans l'esprit du citoyen raisonnable, concerner tous les chauffeurs montréalais d'origine arabe ou haïtienne »<sup>108</sup>.

Cette décision démontre, selon moi, la valeur que notre plus haute instance juridique donne à la liberté d'expression. Au Canada, si l'attaque n'est pas personnelle et qu'il ne s'agit pas de diffamation, de propagande haineuse ou de pornographie juvénile, le niveau de tolérance doit être très élevé envers des commentaires offensants et difficiles à accepter, et ce, afin de protéger le droit à la liberté d'expression qui est fondamental dans une société juste et démocratique.

## 2.2 Mêmes droits, différents exercices

On pourrait croire que les droits fondamentaux étant identiques dans plusieurs sociétés démocratiques, les limites de leur exercice soient similaires. Or, les sociétés démocratiques n'étant pas homogènes, l'exercice de certains droits fondamentaux ne seront pas identiques. C'est d'ailleurs une des conclusions à laquelle John Rawls est arrivé avant de penser que placer devant des arguments identiques, la raison amènerait toute personne à avoir la même conclusion sur un sujet donné.

Prenons par exemple l'idée qu'une personnalité publique jouisse de moins de droits qu'une autre personne. J'ai déjà mentionné que dans l'affaire Ward-Gabriel, le juge Hughes n'avait pas accepté cette idée. La Cour suprême américaine en a décidé autrement dans une affaire semblable.

---

<sup>108</sup> *Id.*, 12.

En 1983, le magazine Hustler avait publié une parodie impliquant Jerry Falwell, un télévangéliste américain et sa défunte mère. Dans cette parodie, le magazine faisait référence à la première relation sexuelle du pasteur dont la partenaire aurait été sa mère. La parodie n'était pas vraie et il y a eu une poursuite judiciaire qui s'est terminée devant la Cour suprême américaine. Cette cour a décidé que la liberté d'expression du magazine devait être respectée malgré le fait que son éditeur, Larry Flint, ait admis que le but de l'article était de détruire Jerry Falwell.

Le tribunal avait deux raisons pour arriver à cette conclusion, la personnalité publique de Jerry Falwell et le libre marché des idées :

[...] first, that as a public figure Falwell had willingly entered an arena in which he could expect to be the target of "robust" criticism and, second, that the parody interview was a part "of the free flow of ideas ... on matters of public interest" that is so essential to the health of a democracy.<sup>109</sup>

Ce court extrait démontre une grande différence entre la position américaine et la position québécoise. Dans l'affaire Ward-Gabriel, le juge Hugues note que les blagues de Mike Ward : « ne soulèvent pas une question d'intérêt public et ne s'inscrivent pas dans le cadre d'un débat public sur des questions d'intérêt général »<sup>110</sup>. Nous sommes devant deux situations quasi identiques : des blagues de mauvais goût à propos de personnalités publiques. Dans les deux cas, il s'agit de protection de la dignité humaine d'une part et du droit à la liberté d'expression d'autre part. Le résultat devant les tribunaux est totalement opposé. L'exercice des droits fondamentaux dépend de la

---

<sup>109</sup> Stanley Eugene FISH, *There's no such thing as free speech, and it's a good thing, too*, New York, Oxford Univ. Press, 1994, p. 120.

<sup>110</sup> *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gabriel et autres) c. Ward*, préc., note 1, par. 137.

valeur que des sociétés démocratiques leur accordent. Les sociétés démocratiques n'étant pas identiques, les droits identiques en nom peuvent y être exercés différemment sans contrevenir aux lois de ces sociétés. Le raisonnement étant différent, le contrat social le sera également.

Le raisonnement derrière la liberté d'expression « américaine » est la priorité du débat d'idées. C'est l'interprétation qui est faite du premier amendement de la Constitution américaine : la liberté d'expression est absolue et il est interdit au gouvernement d'y toucher<sup>111</sup>. La jurisprudence américaine a tout de même apporté quelques limites, dont l'interdiction de provoquer des situations qui causeraient du tort aux autres (par exemple, crier « au feu » dans une salle de cinéma bondée alors qu'il n'y a aucun incendie) ou encore la publication de matériel obscène telle la pornographie juvénile<sup>112</sup>.

On peut pousser plus loin l'argument de la priorité de la liberté d'expression absolue étant nécessaire à la dignité humaine à l'aide du raisonnement qui suit : si nous protégeons la dignité en tant que droit fondamental, nous devons *de facto* la donner à tous, même à ceux dont le discours est offensant. En ne permettant pas le discours offensant, nous empêchons la personne d'exprimer sa personnalité intrinsèque et nous violons ainsi son droit à la sauvegarde de sa dignité<sup>113</sup>. Selon cet argument que je ne partage pas, la sauvegarde de la dignité passerait ainsi par le droit à une liberté d'expression absolue. Cependant, si je veux utiliser le voile d'ignorance comme outil de

---

<sup>111</sup> D. WARD, préc., note 22, 17.

<sup>112</sup> « What Does Free Speech Mean? », *United States Courts*, en ligne : <<http://www.uscourts.gov/about-federal-courts/educational-resources/about-educational-outreach/activity-resources/what-does>> (consulté le 7 août 2017).

<sup>113</sup> D. WARD, préc., note 22, 18-19.

réflexion, c'est une position que je ne peux pas ignorer puisqu'elle existe. Je peux toutefois espérer que c'est une position que nous pouvons nuancer, comme l'a fait le juge Hughes dans l'affaire Ward-Gabriel : « La recherche d'un équilibre entre le droit à l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice des droits aux respects de la réputation, de l'honneur et de la dignité et la liberté d'expression est un exercice délicat »<sup>114</sup>. Le juge Hughes parvient à cet équilibre délicat en refusant le recours intenté par le père de Jérémy tout en l'acceptant partiellement pour sa mère puisque cette dernière a fait l'objet d'une blague au sujet du handicap de son fils, et non le père. Les blagues offensantes doivent être tolérées par le père au nom de la liberté d'expression, mais non par la mère au nom de la sauvegarde de la dignité.

Je terminerai cette partie avec une affaire européenne : le cas de Caroline Von Hannover, mieux connu sous le nom de Princesse Caroline de Monaco. La décision dans cette affaire est beaucoup plus près du droit canadien que des pratiques américaines démontrant encore une fois que les sociétés démocratiques protègent les mêmes droits fondamentaux, mais les résultats peuvent être considérablement différents.

Dans cette affaire, des photos et des articles au sujet de la vie privée de madame Von Hannover avaient été publiés en Allemagne. L'argument de la presse était qu'il s'agissait d'une personnalité publique et que sa vie privée s'arrêtait dès qu'elle franchissait le seuil de sa porte d'entrée<sup>115</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme

---

<sup>114</sup> *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gabriel et autres) c. Ward*, préc., note 1, par. 122.

<sup>115</sup> Robin D. BARNES, *Outrageous invasions: celebrities' private lives, media, and the law*, New York, Oxford University Press, 2010, p. 6.

ne donna pas raison à la presse allemande. Ce tribunal distinguait les fonctions officielles de personne étatique et la vie privée de ceux-ci. Lors de fonctions officielles, la personne publique ne peut revendiquer le droit à sa vie privée. Hors de celles-ci, autant les personnes publiques que privées ont droit à une vie privée. Tout comme dans l'affaire Ward-Gabriel où les blagues n'avaient pas soulevé : « une question d'intérêt public et ne [s'inscrivaient] pas dans un débat public sur des questions d'intérêt général »<sup>116</sup>, l'absence d'intérêt public a aussi fait pencher la balance dans l'affaire Von Hannover. En privilégiant une interprétation étroite au droit à la liberté d'expression dans cette affaire<sup>117</sup>, le tribunal décida que les photos de la vie quotidienne de la princesse étaient une source de divertissement et non pas une source de contribution utile au débat public européen.

On voit donc dans cette affaire quelques différences entre la société américaine et européenne. En Europe, la protection de la vie privée qui équivaut à la sauvegarde de la dignité<sup>118</sup> existe pour tous. Aux États-Unis, une personnalité publique est un « bien collectif »<sup>119</sup> et perd la sauvegarde de sa dignité devant une liberté d'expression prioritaire. Encore une fois, il s'agit d'une mise en pratique différente parce que les valeurs de ces sociétés démocratiques sont différentes.

---

<sup>116</sup> *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gabriel et autres) c. Ward*, préc., note 1, par. 137.

<sup>117</sup> R. D. BARNES, préc., note 114, p. 6.

<sup>118</sup> *Id.*, p. 15.

<sup>119</sup> *Id.*

### 2.3 Y a-t-il une hiérarchie des droits ?

Comme la sauvegarde de la dignité ne fait pas partie de la Constitution américaine ou de ses amendements, il est plus facile de voir la priorité accordée à la liberté d'expression dans ce pays. Au Québec, on pourrait croire que puisque la « dignité » fait partie du préambule de la *Charte des droits et libertés de la personne* deux fois plutôt qu'une, ceci donnerait une priorité à la sauvegarde de la dignité sur tous les autres droits fondamentaux. Ce n'est toutefois pas le cas.

En 1994, la Cour suprême du Canada a affirmé que : « les différents droits et libertés fondamentaux seraient [...] tous égaux les uns par rapport aux autres »<sup>120</sup>. Ceci suivait un consensus international établi en 1993 consacrant : « l'indivisibilité des droits et libertés fondamentaux et son corollaire, l'absence de hiérarchie juridique entre ces mêmes droits et libertés »<sup>121</sup>. Lors de conflits opposant des droits fondamentaux, les tribunaux ne sont donc pas liés par un ordre préétabli<sup>122</sup>. Les juges peuvent décider selon les faits présentés devant eux quel droit fondamental doit prendre la priorité sur l'autre.

Mais y a-t-il une hiérarchie éthique ou morale dans l'exercice des droits fondamentaux? En reprenant l'exemple de la liberté d'expression, les tribunaux ont donné des valeurs morales qui doivent être respectées dans l'exercice de ce droit. Ainsi les tribunaux donneront plus de latitude dans la défense de ce qui touche la recherche de la vérité, la

---

<sup>120</sup> L.-P. LAMPRON et E. BROUILLET, préc., note 18, 97.

<sup>121</sup> *Id.*, 96.

<sup>122</sup> *Id.*, 105.

participation au débat public démocratique ou l'épanouissement personnel<sup>123</sup>. Ils ne protégeront pas la diffamation, la propagande haineuse ou la pornographie juvénile<sup>124</sup>.

Il y a là, selon moi, une hiérarchie morale<sup>125</sup>. Même dans le cas de la pornographie juvénile, il devra d'abord y avoir une recherche morale, c'est-à-dire que ma conception d'une œuvre artistique peut avoir une résonance pornographique pour l'autre. Je ne voudrais pas qu'on protège la pornographie juvénile, mais, tout comme la propagande haineuse et la diffamation, les limites de la liberté d'expression seront définies en fonction des valeurs d'une société donnée à un moment précis. En ajoutant d'autres valeurs qui exigent une protection accrue dans notre contrat social, il est plus facile de comprendre ce que la société doit protéger. Ainsi, en protégeant l'égalité des sexes ou en interdisant la discrimination fondée sur le handicap, il est plus facile, selon moi, d'arriver à une décision juste et objective en cas de litige. Ceci nous rapproche du voile d'ignorance et évite une hiérarchie trop formelle qui préjudicierait un droit fondamental au détriment d'un autre.

Comme je l'ai déjà souligné, c'est ainsi que le juge Hughes dans l'affaire Ward-Gabriel a pu, selon moi, trancher de deux façons. Son jugement a été rendu en faveur de Jérémy et sa mère et non en faveur du père de Jérémy. Le juge a donc fait un équilibre entre les limites de la liberté d'expression qui, dans ce cas-ci, sont les blagues portant sur des personnes identifiées et liées à un handicap, et la tolérance à l'offense que doit avoir le

---

<sup>123</sup> *Id.*, 132.

<sup>124</sup> *Id.*, 135.

<sup>125</sup> Selon moi, il s'agit d'une hiérarchie éthique ou morale établie par les tribunaux. Cette hiérarchie pourrait cependant être définie dans le cadre d'un débat social qui tient compte des biens premiers prépolitiques. Je peux participer à ce débat, mais en aucun cas je ne peux décider seule des conclusions auxquelles nous parviendrons.

père de Jérémy à l'égard des mêmes blagues puisqu'il n'avait pas été ciblé directement par elles.

Bien qu'il n'y ait pas de hiérarchie juridique entre les droits fondamentaux, je crois qu'on peut considérer que la renonciation peut être plus facile pour certains droits que pour d'autres et je vois là une certaine hiérarchie de fait. Je ne pourrais pas revendiquer mon droit à la vie privée si j'acceptais de me faire photographier par un journaliste et que cette photo se retrouvait dans les journaux. Mon consentement à la publication est implicite dans ce cas-là<sup>126</sup>. Dans le même ordre d'idée, chanter en public me retire le droit de me plaindre des critiques à l'égard de mes talents vocaux, mais ne me retire pas mon droit à la sauvegarde de ma dignité; la dignité étant inhérente à chaque être humain, je crois qu'il serait difficile, voire impossible d'y renoncer.

## Conclusion

Mes recherches me conduisent à formuler l'hypothèse suivante : il y a fort à parier que Rawls serait en accord avec la conception québécoise et canadienne de l'exercice des droits fondamentaux qui est plus large que la conception américaine vu l'absence de hiérarchie juridique. Il est cependant plus difficile dans un tel cadre de régler les affrontements entre droits fondamentaux, plus précisément ici entre la liberté d'expression et la sauvegarde de la dignité, puisque nous devons nous pencher sur les faits pour chaque cas plutôt que d'appliquer une hiérarchie préétablie. L'exercice nous rapproche cependant de l'équilibre nécessaire entre ces droits fondamentaux.

---

<sup>126</sup> *Id.*, 129.

La question qui m'a guidée tout au long de ce mémoire est la suivante : cet équilibre doit-il passer obligatoirement par les tribunaux ou peut-on s'entendre autrement sur la manière d'exercer nos droits fondamentaux sans empiéter sur ceux des autres ?

Aux termes de mes recherches, je suis en mesure d'affirmer, conformément à mon hypothèse posée en introduction, qu'il existe une alternative aux tribunaux : le débat social et que cette alternative est souhaitable puisqu'elle permettrait à chacun de mieux comprendre, et par le fait même de mieux définir, l'exercice du droit à la liberté d'expression et à la sauvegarde de la dignité. La raison doit être prioritaire dans ce débat et c'est entre personnes capables de raison que le débat doit se tenir. Il faut pouvoir entendre les opinions diverses et faire la part des choses. C'est ici que le voile d'ignorance peut se révéler être un outil essentiel. En faisant fi de ce que je suis, je dois dépasser mon jugement moral pour en arriver à analyser la situation avec tous les aspects exposés. Ma prise de position sera plus objective et ce sera ma contribution au débat menant à un éventuel contrat social, et offrant une vision éthique de notre société. Il faudra des contributions raisonnées de tous pour en arriver à un contrat juste. La priorité doit être accordée à ce qui mène à des situations plus justes et si nous accordons un privilège, il doit aller vers les plus désavantagés afin qu'ils puissent, en accord avec ce que propose Rawls, jouir eux aussi des biens premiers.

Il ne s'agit pas de discuter des biens premiers : nos droits fondamentaux, mais plutôt de la portée de leur exercice. Comme nos sociétés sont de plus en plus hétérogènes, la discussion sera difficile et le résultat ne sera jamais final. Nous ne sommes pas statiques et notre vision des choses non plus; mais ces difficultés ne doivent pas nous décourager de cet exercice aussi noble que nécessaire.

L'équilibre réfléchi nous permettra par ailleurs de garder le cap sur notre ligne d'horizon, notre position originelle qui contient les biens premiers qui sont à la base de notre société démocratique.

La participation au débat doit être publique pour avoir un impact sur tous et être accessible à tous. En usant de la raison pour explorer les diverses possibilités exposées, nous serons ensuite à même de tendre vers les positions les plus justes et non les positions les plus efficaces. Comme je l'ai démontré dans ce mémoire, la recherche doit aller dans le sens de la justice pour tous et non l'efficacité pour une majorité. Il est vrai que les conclusions auxquelles nous arriverons ne seront pas les mêmes partout, mais elles seront en accord avec les valeurs éthiques, soit le contrat social des sociétés où les droits fondamentaux sont exercés. Comme je l'ai souligné, les mêmes droits fondamentaux sont perçus de manières différentes dans des sociétés démocratiques diverses sans pour autant aller à l'encontre des valeurs de ces sociétés. La sauvegarde de la dignité et la liberté d'expression ne se pratiquent pas partout de la même façon. Ces différences ouvrent la voie à la réflexion sur les conclusions auxquelles nous voulons adhérer.

Ma solution peut paraître il est vrai, tout comme la théorie de la justice de Rawls d'ailleurs, utopique. Les difficultés que pose la mise en place d'un dispositif permettant un réel échange entre tous sont nombreuses. Cependant, l'approche formulée par Rawls me permet d'utiliser des outils philosophiques pour réfléchir à une situation réelle. Le voile d'ignorance me permet un recul objectif afin d'analyser une multitude d'options. Je crois qu'en utilisant le voile d'ignorance dans le cadre d'un débat, nous pourrions exposer des idées raisonnées et prendre des décisions raisonnées. Cette participation

commune permettra de créer un lien, un engagement supérieur envers notre contrat de société, que je vois comme notre philosophie sociale, puisqu'il ne s'agit pas d'une décision imposée comme dans le cadre d'un jugement rendu et qu'il ne s'agit pas d'une décision que je prends seule.

Ce que j'ai proposé est une ouverture sur un questionnement de société en utilisant les outils philosophiques de John Rawls et en analysant certaines visions du droit à la liberté d'expression et à la sauvegarde de la dignité. Pour faire les meilleurs choix, il faut privilégier l'accès pour tous aux libertés de base en avantageant parfois les plus désavantagés afin qu'ils aient voix au chapitre. En reconnaissant les valeurs véhiculées par notre société, nous aurons une meilleure conception de la manière dont s'articule l'exercice des droits fondamentaux. Ceci n'évitera pas toute poursuite judiciaire et il n'est pas question ici d'abolir les tribunaux, mais en comprenant mieux les limites de l'exercice des droits fondamentaux et en se sentant lié au contrat social parce qu'on y aura participé, il pourrait, c'est ce à quoi me conduit mon raisonnement, y avoir moins de collisions entre ces droits. Cet exercice difficile demande une participation ouverte et raisonnée de tous puisque, comme Rawls a lui-même réalisé, ce n'est pas seul qu'on peut en arriver à un contrat social juste dans une société démocratique.

## BIBLIOGRAPHIE

### LÉGISLATION

*Code civil du Québec*, (1991) c. 64, en ligne :

<[http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/showdoc/cs/CCQ-1991?langCont=fr#ga:l\\_premier-gb:l\\_quatrieme-h1](http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/showdoc/cs/CCQ-1991?langCont=fr#ga:l_premier-gb:l_quatrieme-h1)> (consulté le 24 avril 2017).

*Charte canadienne des droits et libertés*, (2015) partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, en ligne : <<http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/Const/page-15.html>> (consulté le 2 mars 2017).

*Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, chapitre C-12, en ligne :

<[http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/C\\_12/C12.HTM](http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/C_12/C12.HTM)> (consulté le 2 avril 2016).

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, en ligne : <<http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/C-46/>>.

### DÉCLARATION

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, « Déclaration universelle des droits de l'homme », (1948) 10 *Résolution 217A (III)*, en ligne : <<http://library.fes.de/pdf-files/netzquelle/a93-03399.pdf>> (consulté le 8 juin 2017).

### JURISPRUDENCE

*Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gabriel et autres) c. Ward*, 2016 QCTDP 18.

### LIVRE

BARNES, R. D., *Outrageous invasions: celebrities' private lives, media, and the law*, New York, Oxford University Press, 2010.

DUHAMEL, A. et N. MOUELHI, *Éthique: histoire, politique, application*, Boucherville, Québec, gaëtan morin éditeur, 2001.

FISH, S. E., *There's no such thing as free speech, and it's a good thing, too*, New York, Oxford Univ. Press, 1994.

GHESTIN, J., *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Quadrigue/Lamy-PUF, 2003.

GILLES, D., *Thémis et Dikè: introduction aux fondements philosophiques du droit*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2012.

GODIN, C., *Dictionnaire de philosophie*, Paris, Fayard : Éditions du temps, 2004.

KANT, E., *Métaphysique des mœurs I*, traduit par Alain Renaut, Paris, GF-Flammarion, 1994.

KYMLICKA, W., *Les théories de la justice: libéraux, utilitaristes, libertariens, marxistes, communautariens, féministes ...*, Montréal, Boréal, 1999.

MÉTAYER, M., *La philosophie éthique : enjeux et débats actuels*, 4e éd., Saint-Laurent, Québec, Éditions du Renouveau pédagogique, 2014.

MOUFFE, B., *Le droit à l'humour*, Bruxelles, Larcier, 2011.

RAWLS, J., *Justice et démocratie*, traduit par Catherine AUDARD, coll. Points, Paris, Éd. du Seuil, 2000.

———, *Théorie de la justice*, coll. La couleur des idées, Paris, Éditions du Seuil, 1987.

#### CHAPITRE DE LIVRE

MOLLER OKIN, S., « Raison et sentiment dans la réflexion sur la justice », dans *Le souci des autres. Éthique et politique du care*, Paris, Éditions de L'École des hautes études en sciences sociales, 2005.

#### ARTICLE DE REVUE

DANIELS, N., « Reflective Equilibrium », dans *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, en ligne : <<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/reflective-equilibrium/>> (consulté le 13 avril 2017).

GINGRAS, A.-M., « La question de la liberté d'expression dans les démêlés judiciaires et les revers administratifs de CHOI-FM », (2007) 40-1 *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique* 79-100.

Grégoire, M., « Le parcours tumultueux des propos injurieux en droit québécois depuis 2009 : l'arrêt Génex Communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo (ADISQ) est-il toujours pertinent ? », (2016) 57-1 *Les Cahiers de droit* 3-23, doi : 10.7202/1035212ar.

LAMPON, L.-P. et E. BROUILLET, « Le principe de non-hiérarchie entre droits et libertés fondamentaux : l'inaccessible étoile ? », (2011) 41-1 *Revue générale de droit* 93, DOI : 10.7202/1026944ar.

MALKA, R., « Le droit inaliénable à l'ignorance, à l'oubli et à l'humour », (2012) 671-5 *Les Temps Modernes* 1-14, DOI : 10.3917/ltn.671.0001.

RAWLS, J., « L'idée d'un consensus par recoupement », (1988) 93-1 *Revue de métaphysique et de morale* 3-32.

———, « Unité sociale et biens premiers », *Raisons politiques* 2009.33.9-43.

WARD, D., « Scepticism, Human Dignity and the Freedom to Offend », (2013) 29-3 *Policy* 15-20.

#### ARTICLE DE JOURNAUX

BAIN, V.-M., « Dans la controverse, Mike Ward remporte l'Olivier de l'année », *Radio-Canada.ca* (15 mai 2016), en ligne : <<http://radio-canada.ca/nouvelle/781699/gala-les-olivier-2016-remise-prix>> (consulté le 21 juillet 2017).

BARLOW, J., « La double vie de Mike Ward », *L'actualité* (23 février 2017), en ligne : <<http://www.lactualite.com/culture/la-double-vie-de-mike-ward/>> (consulté le 27 février 2017).

BELLAVANCE, J.-D., « Claude Robinson gagne son combat », *La Presse* (23 décembre 2013), en ligne : <<http://www.lapresse.ca/actualites/justice-et-affaires-criminelles/actualites-judiciaires/201312/23/01-4723507-claude-robinson-gagne-son-combat.php>> (consulté le 11 avril 2017).

FRAGASSO-MARQUIS, V., « Mike Ward lance sa campagne de sociofinancement », *Métro*, en ligne : <<http://journalmetro.com/actualites/national/999051/mike-ward-lance-sa-campagne-de-sociofinancement/>> (consulté le 6 juillet 2017).

RICHER, I., « Claude Robinson veut faire saisir une caution de Ronald Weinberg », *Le Huffington Post*, en ligne : <[http://quebec.huffingtonpost.ca/2014/04/28/claude-robinson-veut-faire-saisir-une-caution-de-ronald-weinberg\\_n\\_5227401.html](http://quebec.huffingtonpost.ca/2014/04/28/claude-robinson-veut-faire-saisir-une-caution-de-ronald-weinberg_n_5227401.html)> (consulté le 11 avril 2017).

SMITH, K., « Interview: Mike Ward – “People are insane and too goddamn sensitive” », *The List* (21 juillet 2016), en ligne : <<https://edinburghfestival.list.co.uk/article/82447-interview-mike-ward-people-are-insane-and-too-goddamn-sensitive/>> (consulté le 14 mars 2017).

#### PAGE WEB

« What Does Free Speech Mean? », *United States Courts*, en ligne : <<http://www.uscourts.gov/about-federal-courts/educational-resources/about-educational-outreach/activity-resources/what-does>> (consulté le 7 août 2017).