

Les limites de la liberté d'expression à l'Université

Pierre Trudel Université de Montréal

Résumé

Ce texte expose la mesure dans laquelle la liberté d'expression sur les campus est soumise à des limites. On y aborde les obligations imposées par les lois aux établissements universitaires. On explique les exigences s'imposant aux universitaires pour respecter ou limiter la liberté d'expression. Le texte explique de quelle façon lois réglementant les discours haineux et les droits humains imposent des restrictions à la liberté d'expression. À partir de quel moment un discours offensant est-il considéré par la loi comme une incitation à la haine ou un acte de harcèlement ? Ces enjeux sont situés en fonction de la nature intrinsèque de l'institution universitaire, en tant qu'espace d'expression. On constate enfin que les limites aux libertés expressives de ceux qui œuvrent au sein des universités émanent de sources externes, mais peuvent tout aussi bien résulter de processus qui se déroulent au sein même de l'université.

Contrairement à la situation qui prévaut aux États Unis, le droit canadien énonce déjà, dans les textes d'application générale, des limites aux libertés expressives. Ces limites ont été considérées raisonnables par les tribunaux. Par conséquent, les universités n'ont pas tellement à s'interroger sur la question de savoir si certains types de propos peuvent être interdits sur les campus. Il y a déjà des lois qui prohibent le discours haineux et les appels au génocide etc. L'enjeu est plutôt de cerner la mesure dans laquelle il est possible pour les universités d'imposer des limites aux activités expressives allant au-delà de celles qui découlent des lois générales. Mais il y a aussi des enjeux qui découlent de la portée souvent très étendue des lois qui limitent la liberté d'expression.

Mots-clés *Liberté académique, liberté d'expression, droit à l'égalité, harcèlement, diffamation, vie privée*

The Limits to Freedom of Expression in a University Setting

Abstract

This text expounds the extent to which freedom of expression on our campuses is subject to limits. We will discuss the obligations imposed by law on academic institutions and explain the requirements incumbent on universities to respect or limit freedom of expression. The text explains the manner in which laws governing hate speech and human rights impose restrictions on freedom of expression. From what point is an offensive remark considered by law an incitement to hatred or an act of harassment? Where these issues lie is a function of the intrinsic nature of an academic institution, as a space for expression. Finally, we note that while limits on the expressive freedom of those who work in universities stem from external sources, these may just as well result from processes in place within the university itself.

Unlike the prevailing situation in the United States, Canadian law already states limits to expressive freedom, in general legislation. These limits have been deemed reasonable by the courts. Consequently, it is not so much a university's prerogative to mull the question of whether certain types of statements may be prohibited on campus. There are already laws prohibiting hate speech, calls for genocide, and the like. The issue is rather to ascertain the extent to which it is possible for universities to impose limits on expressive activities that go beyond those arising from the general laws. But there are also issues arising from the often very broad scope of the laws that limit freedom of expression.

Keywords *Academic freedom, freedom of expression, right to equality, harassment, defamation, privacy*

La liberté d'expression est l'objet de multiples prises de position reflétant autant de postures et différents systèmes de pensée. Elle est appréciée différemment selon qu'on se situe dans la perspective des lois qui en limitent l'exercice ou qu'on l'envisage en fonction des différents intérêts ou croyances qui tendent à limiter la liberté de s'exprimer.

Dans plusieurs pays, la liberté d'expression est une règle de droit, soit un énoncé qui détermine les droits et les obligations des personnes, ce qu'ils ont la faculté de dire, de montrer ou de faire. Les débats sur la portée et le sens de la liberté d'expression peuvent se dérouler selon plusieurs registres¹. En tant que règle de droit, la liberté d'expression est comprise selon les critères du droit étatique. Envisagée en tant qu'idée faisant largement consensus au moins dans son énoncé de principe, elle peut connaître une portée et des significations variées dans différents contextes dans lesquels opère forcément la normativité implicite², c'est-à-dire des idées, souvent non formalisées, ayant de l'influence sur la manière dont on admet ou non l'exercice des manifestations d'une liberté *a priori* si englobante.

Le lien que l'on fait souvent entre l'idée de démocratie et la liberté d'expression tient au postulat que la démocratie suppose la faculté de critiquer. La garantie de cette liberté vient protéger la faculté de critiquer les décisions des autorités et assure la possibilité de remettre en question le comportement des gens de pouvoir et le fonctionnement de la société.

Il est fréquent d'observer des positions appuyées sur la sympathie ou de l'antipathie que l'on peut éprouver à l'égard du type de discours qui est concerné ou selon que le propos coïncide ou non avec ses propres opinions.

On peut adhérer à une conception de la liberté d'expression qui lui confère une portée intrinsèquement limitée. Par exemple, on va postuler que la liberté d'expression ne permet pas de critiquer la divinité, d'interdire de montrer le visage d'un prophète, de montrer le corps humain, d'utiliser un langage sexiste ou de transgresser l'éthique journalistique. Tant que l'on demeure dans le domaine des conceptions philosophiques ou « éthiques », on peut observer une pluralité de visions quant à la portée et aux limites de la liberté d'expression.

Mais lorsqu'on envisage la liberté d'expression en tant que norme juridique, sa teneur et sa portée sont forcément déterminées dans le contexte du système juridique au sein duquel s'inscrit la garantie. Les textes constitutionnels, les décisions des juges, de même que les lois, constituent les sources dans lesquelles sont déterminées sa teneur et sa portée obligatoire.

Ces principes sont généralement bien connus des universitaires. On les suppose dotés des réflexes qui commandent une attitude critique à l'égard des discours faisant bon marché du fait que la liberté d'expression bénéficie d'une protection constitutionnelle.

Car nos institutions n'échappent pas à certains discours tentés de faire fi de la protection constitutionnelle dont bénéficie la liberté d'expression en criant à son instrumentalisation. Écarter la liberté d'expression lorsque le propos contredit nos croyances et nos idées est une posture difficile à concilier avec un cadre constitutionnel garantissant la supra-légalité des droits fondamentaux. C'est dans cette perspective qu'il convient d'envisager les limites à la liberté d'expression dans l'Université. Car l'Université est un espace d'expression. C'est l'un des principaux espaces au sein duquel circulent les idées et les propos (1). C'est dans

cet espace que s'appliquent les limites à la liberté d'expression. De telles limites découlent des lois mais également des réglementations que se donnent les institutions universitaires (2).

La liberté d'expression sur les campus est-elle soumise à des limites ? Quelles sont les obligations imposées par les lois aux établissements ? À quoi ceux-ci sont-ils tenus de remplir pour respecter ou limiter la liberté d'expression ? Dans quelle mesure les lois réglementant les discours haineux et les droits humains imposent-elles des restrictions à la liberté d'expression ? À partir de quel moment un discours offensant est-il considéré par la loi comme une incitation à la haine ou un acte de harcèlement ?

Pour aborder ces questions, il importe de faire un bref rappel sur la nature intrinsèque de l'institution universitaire, espace d'expression. Nous pourrions ensuite constater que les limites aux libertés expressives de ceux qui œuvrent au sein des universités émanent de sources externes, mais peuvent tout aussi bien résulter de processus qui se déroulent au sein même de l'université.

1. L'Université comme espace d'expression

Les universités ont pour fonction de porter un regard critique sur l'ensemble des dimensions des sociétés et du savoir. Un tel regard critique participe de la capacité de nos sociétés de se remettre en question et de renouveler les connaissances. Mais les universités sont aussi des lieux d'interactions. Vouées à l'apprentissage, les universités doivent assurer un milieu sécuritaire et propice aux apprentissages et aux remises en question. Une telle mission repose sur le postulat qu'il est essentiel dans une société démocratique de disposer de lieux dans lesquels il est possible de remettre en question les idées reçues, les savoirs et les croyances.

Une université est un lieu où l'on réfléchit et enseigne, un lieu où l'on met parfois à plat certaines idées. Cela ne fait pas toujours l'affaire de tous. C'est pourquoi il est essentiel que les institutions universitaires bénéficient d'une gouvernance garantissant effectivement la viabilité d'un tel espace critique. C'est là une condition essentielle pour assurer l'exercice effectif des libertés expressives.

Dans ces institutions vouées à la recherche et à l'analyse critique que sont les universités, les personnes ont la liberté de s'exprimer dans toute la mesure permise par les lois généralement applicables. Mais au sein de l'Université, la liberté de pensée et d'expression peut s'analyser comme une liberté qui doit nécessairement se conjuguer en fonction de la pluralité des rôles assumés, aussi bien par l'institution universitaire que par les individus qui en font partie.

De plus en plus, les espaces des universités se retrouvent désormais dans les environnements en réseaux. L'Université se présente comme un espace virtuel, un réseau en partie déterritorialisé plutôt qu'exclusivement confiné à un espace physiquement délimité. Les universités font usage des environnements connectés pour soutenir les fonctions d'enseignement, de recherche et de service à la collectivité. Une telle virtualisation de l'espace au sein duquel s'accomplissent les activités universitaires oblige à élucider les difficiles questions de savoir où commencent et où s'arrêtent les lieux tels les espaces virtuels qui peuvent être considérés comme faisant partie intégrante de l'Université. Cela pose le défi de délimiter la mesure dans laquelle les plateformes relevant des institutions universitaires doivent mettre en place des mesures afin de renforcer les libertés expressives tout en assurant la purge des propos qui contreviennent aux lois.

1.1 La responsabilité dans les situations présentant une connexité avec l'Université

Si *a priori*, la responsabilité de l'Université s'applique sur les lieux physiques de l'institution, force est de constater que la généralisation et la disponibilité accrue d'outils dotés d'importantes capacités de diffusion posent la question de savoir où commencent et où s'arrêtent le droit et la responsabilité de l'université.

Car le Web modifie radicalement les références spatiales et temporelles. La généralisation des environnements en réseau a engendré l'émergence de « communautés de pratique planétaire qui a fait éclater les murs de l'enceinte scolaire et les cadres traditionnels de l'instruction et de l'éducation »³.

Cette délocalisation requiert de s'interroger sur les responsabilités des institutions universitaires pour les gestes fautifs commis en dehors de l'espace physique de l'établissement. Tant aux États-Unis qu'au Canada, les tribunaux ont reconnu que les autorités scolaires peuvent appliquer des sanctions aux enseignants ou aux élèves pour des activités fautives s'étant déroulées sur Internet, et ce, même si les gestes ont été posés entièrement en dehors des espaces relevant de l'école. Dans *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, une affaire où il était question de la validité d'une mesure disciplinaire visant les activités extra-scolaires d'un enseignant dans une école secondaire, le juge Laforest de la Cour suprême écrivait que :

*Une école est un centre de communication de toute une gamme de valeurs et d'aspirations sociales. Par l'entremise de l'éducation, elle définit, dans une large mesure, les valeurs qui transcendent la société. Lieu d'échange d'idées, l'école doit reposer sur des principes de tolérance et d'impartialité de sorte que toutes les personnes qui se trouvent en milieu scolaire se sentent également libres de participer. Comme l'a dit la commission d'enquête, le conseil scolaire a l'obligation de maintenir un milieu scolaire positif pour toutes les personnes qu'il sert.*⁴

Insistant sur le lien de confiance qui doit exister entre l'enseignant et la collectivité, le juge Laforest explique qu'il est possible pour les autorités scolaires d'appliquer des sanctions même pour des gestes qui auraient été posés en dehors du cadre strict de l'institution scolaire. Il écrit :

*C'est en raison de cette position de confiance et d'influence que nous exigeons de l'enseignant qu'il se conforme à des normes élevées au travail comme à l'extérieur du travail, et c'est l'érosion de ces normes qui est susceptible d'entraîner, dans la collectivité, une perte de confiance dans le système scolaire public. Loin de moi l'idée de vouloir ainsi soumettre la vie entière des enseignants à un contrôle démesuré dicté par des normes morales plus strictes. Cela risquerait d'entraîner une violation importante des droits à la protection de la vie privée et des libertés fondamentales des enseignants. Toutefois, lorsque l'« empoisonnement » d'un milieu scolaire est imputable au comportement d'un enseignant après ses heures de travail, et qu'il est susceptible d'entraîner une perte correspondante de confiance dans l'enseignant et dans l'ensemble du système, ce comportement après le travail devient alors pertinent.*⁵

Bien que la décision Ross concerne le comportement d'un professeur en dehors de l'espace de l'école, la Cour suprême accorde beaucoup d'importance aux conséquences qu'un comportement hors campus peut engendrer dans la relation éducative. Pour cette raison, les auteurs Shaheen Shariff et Leanne Johnny estiment que cette analyse de la Cour suprême est tout à fait pertinente à l'analyse de l'ensemble des comportements fautifs comme le harcèlement commis sur Internet⁶.

Aux États-Unis, compte tenu de la protection reconnue par le Premier Amendement aux propos des professeurs et des étudiants, les tribunaux tendent à suivre la position selon laquelle les autorités scolaires ne peuvent appliquer les règles disciplinaires de l'école à l'égard de situations se déroulant sur Internet à moins de démontrer un lien de connexité suffisant et significatif avec les activités de l'école. Mais dès lors que la connexité entre le propos et les perturbations ressenties dans le milieu scolaire est établie, les tribunaux américains semblent enclins à reconnaître que le pouvoir d'intervention des autorités scolaires ne se limite pas aux frontières géographiques de l'école. Dans *J.S v. Blue Mountain School District*, les juges majoritaires écrivent que :

We thus cannot overlook the context of the lewd and vulgar language contained in the profile, especially in light of the inherent potential of the Internet to allow rapid dissemination of information. Accordingly, J.S.'s argument for a strict application of Tinker, limited to the physical boundaries of school campuses, is unavailing. See Doninger, 527 F.3d at 48-49 (“[T]erritoriality is not necessarily a useful concept in determining the limit of [school administrators'] authority.” (alteration in original) (quoting Thomas, 607 F.2d at 1058 n.13)). Instead, we hold that offcampus speech that causes or reasonably threatens to cause a substantial disruption of or material interference with a school need not satisfy any geographical technicality in order to be regulated pursuant to Tinker.⁷

En fin de compte, la délocalisation de l'espace universitaire tend à s'accompagner d'une lecture conséquente des pouvoirs reconnus aux institutions d'enseignement. C'est sans doute ce qui explique la tendance à reconnaître que celles-ci peuvent prendre les mesures raisonnablement nécessaires afin de faire cesser des comportements en ligne qui sont de nature à engendrer un effet délétère sur le milieu d'apprentissage.

1.2 Les responsabilités en tant qu'intermédiaires techniques

En certaines circonstances, les universités peuvent assumer une responsabilité non seulement en tant qu'institutions éducatives, mais en raison du fait qu'elles agissent comme intermédiaires dans le cadre de certaines activités prenant place sur Internet.

Les intermédiaires sont des personnes, entreprises ou organismes qui interviennent dans l'accomplissement d'une tâche effectuée entre le point d'expédition d'une transmission de document et le point de réception final. Le trait commun à tous ces intervenants, c'est qu'ils n'exercent pas de droit de regard sur l'information qui transite dans leurs environnements technologiques. Étant donné leur rôle passif dans les décisions éditoriales, ces intermédiaires sont, en droit québécois, a priori exonérés de responsabilité pour les documents transmis. Mais une telle exonération de responsabilité connaît des limites.

Au Québec, selon la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*⁸, les principaux intermédiaires peuvent être des services de conservation de documents technologiques, des hébergeurs, des services de référence à des documents technologiques, des moteurs de recherche, des fournisseurs de services sur un réseau de communication. Il peut également s'agir d'entreprises offrant des services de conservation ou de transmission, sur un réseau de communication, de documents technologiques fournis par un usager.

L'université peut se trouver dans la situation d'un intermédiaire, c'est-à-dire une personne qui ne prend pas une part active dans la décision de diffuser des informations sur Internet ou encore d'accéder à des

informations. C'est le cas, par exemple, lorsque le site de l'institution héberge les pages personnelles des étudiants, de l'association étudiante ou de professeurs-chercheurs. Les universités peuvent exploiter des serveurs de courriels ou des listes de discussion. Enfin, il peut s'agir de forums de discussion hébergés dans les installations de l'université.

Dans ces situations, l'enseignant ou l'université bénéficient de certaines exonérations de responsabilité. C'est-à-dire qu'ils ne sont pas responsables tant et aussi longtemps qu'ils ne jouent qu'un rôle passif dans la diffusion de l'information qui se révélerait illicite.

2. Les limites à la liberté d'expression

Il y a forcément des limites à la liberté d'expression. La question qui nous concerne ici est celle de savoir distinguer entre les limites qui passent le test de raisonabilité et les autres qui sont parfois revendiquées au nom d'une conception de la liberté d'expression qui n'est pas forcément compatible avec celle qui prévaut en droit canadien.

L'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* reconnaît que les libertés peuvent être limitées. Mais les limites ne peuvent découler que de la loi. Les universitaires sont assujettis à deux types de lois. Il y a les lois générales qui s'appliquent à tous et il y a les règles adoptées par les instances de l'institution universitaire.

Contrairement à la situation qui prévaut aux États Unis, le droit canadien énonce déjà, dans les textes d'application générale, des limites aux libertés expressives. Ces limites ont été considérées raisonnables par les tribunaux. Par conséquent, les universités n'ont pas tellement à s'interroger sur la question de savoir si certains types de propos peuvent être interdits sur les campus. Il y a déjà des lois qui prohibent le discours haineux et les appels au génocide, etc.

L'enjeu est plutôt de cerner la mesure dans laquelle il est possible pour les universités d'imposer des limites aux activités expressives allant au-delà de celles qui découlent des lois générales. Mais il y a aussi des enjeux qui découlent de la portée souvent très étendue des lois qui limitent la liberté d'expression.

2.1 Les limites prévues par les lois

Les lois canadiennes prohibent certains types de propos. Par exemple, le discours haineux est l'objet de dispositions des lois criminelles et est interdit par les lois protégeant les droits de la personne. Il n'a donc pas à être toléré dans les milieux académiques ou ailleurs. Comme le rappelle un Rapport des parlementaires britanniques sur la liberté d'expression au sein des universités publié en 2017 :

18. The right to free speech is not absolute and can be limited by law. There are numerous criminal and civil law provisions which limit the lawful exercise of free speech rights. Statements that discriminate against, or harass, or incite violence or hatred against other persons and groups are not protected under free speech rights, nor are speech or conduct that glorifies terrorism. [...] However, there is no right not to be offended or insulted. Just because a statement may offend another person does not necessarily make it unlawful⁹

Les lois canadiennes répriment évidemment le propos qui porte une personne raisonnable à détester ou à mépriser ses semblables. Le discours haineux est un discours qui présente des caractéristiques qui ont été énoncées par la Cour suprême dans l'arrêt *Whatcott*, c'est-à-dire un discours [...] qui aux yeux d'une personne raisonnable est d'une virulence et d'un extrême tel qu'il est susceptible d'exposer ce groupe à la marginalisation ou au rejet, à la détestation, au dénigrement ou à l'aversion notamment pour que ce groupe soit perçu comme étant illégitime dangereux ou ignoble¹⁰.

Dans sa décision, la Cour suprême a fait la distinction entre le propos effectivement haineux et celui qui peut se révéler difficile à entendre mais qui ne porte pas une personne raisonnable à détester les membres du groupe visé.

Dans l'état actuel du droit canadien, ce qui est considéré comme du discours haineux ce n'est pas n'importe quel propos critique qui hérisse les gens. Malgré cette distinction, on relève que dans les débats animés sur des enjeux controversés, comme par exemple l'islamophobie, il existe une tendance à accorder un sens élargi à la notion de haine pour y inclure des propos qui ne sont pas en eux-mêmes considérés comme haineux au sens de la loi, même s'ils peuvent receler un potentiel de « contribuer » à alimenter les sentiments haineux.

Les lois reconnaissent la nécessité de faire les distinctions entre ceux qui propagent des propos haineux et ceux qui ont un discours critique à l'égard de la religion, de ses dogmes ou croyances. Par exemple, il existe au Québec et dans toutes les sociétés démocratiques, de même que dans les pays où l'Islam est la religion dominante, des gens qui se réclament de la laïcité. Une importante portion des propos émanant des personnes associées à ce courant ne correspond pas à la définition de propos haineux telle qu'elle existe en droit canadien.

Il importe en effet de distinguer la haine raciste ou « xénophobe » et la critique légitime des dogmes religieux ou de toute autre croyance. Le propos qui appelle à l'exclusion et à détester les membres d'une religion ou les autres personnes appartenant à un groupe que la loi protège contre la discrimination contrevient aux lois canadiennes. Par contre, la critique des dogmes religieux ou autres croyances est non seulement permise mais elle ne saurait être assimilée à de la haine à l'égard de personnes faisant partie de l'un ou l'autre des groupes protégés contre la discrimination.

Mais il arrive que les universités soient confrontées à des revendications se fondant sur le caractère prétendument haineux d'un discours pour réclamer qu'il soit l'objet de censure préalable. Le respect de la liberté d'expression impose que les universités s'en tiennent à prohiber le propos qui est interdit par la loi, non celui que l'on choisit d'étiqueter comme relevant d'une catégorie prohibée en se fondant sur des notions qui ne sont pas conformes à celles reconnues par les lois. Les lois pénales définissent de façon stricte le type de discours qui est interdit. Il est prévisible que ceux qui sont en désaccord avec certains propos tentent de les assimiler aux discours prohibés par la loi. Il incombe aux universités de résister à cette tendance.

Les lois peuvent aussi être très largement conçues au point d'engendrer des effets inhibiteurs sur l'activité expressive, spécialement celle qui aborde des sujets hautement sensibles. Lorsque la loi définit largement un type de discours comme étant fautif, les risques de censure s'aggravent. La façon dont est compris et appliqué le droit à la réputation illustre les dangers qui peuvent résulter d'une interprétation large de certains droits à l'égard de la liberté d'expression.

a) La portée étendue du droit à la réputation

En droit québécois, la portée étendue qui est accordée au droit à la réputation contribue à procurer une légitimité aux revendications pour censurer des propos dès lors que ceux-ci présentent un potentiel d'inconfort ou de porter ombrage à certaines personnes. Par exemple, il arrive que des poursuites soient intentées contre des chercheurs par des entreprises qui s'estiment injustement traitées par la publication de résultats de recherche qui les font mal paraître.

En droit québécois, pour que la diffusion d'une information préjudiciable puisse être punie en vertu de la loi, il faut qu'elle découle d'une faute. Une faute, c'est un comportement qu'une personne raisonnable n'aurait pas eu.

Le droit de la diffamation se situe à l'interface des règles assurant le respect de la dignité des personnes et le droit de révéler, discuter, commenter et débattre des enjeux qui concernent la collectivité. C'est en considérant l'écart entre la conduite d'un locuteur visé par un recours en responsabilité et celle d'une « personne raisonnable » placée en des circonstances similaires que l'on détermine si une faute de diffamation a été commise.

Or, les méthodes afin de déterminer le caractère fautif d'un propos doivent être compatibles avec les impératifs de raisonabilité que doivent respecter les règles de droit limitant la liberté d'expression. La détermination du caractère fautif d'une démarche académique doit toutefois respecter les exigences de la liberté d'expression.

L'analyse du caractère fautif d'une activité expressive doit présenter de réelles garanties qu'elle ne visera que le discours effectivement fautif, c'est-à-dire celui qui est réprouvé en vertu de pratiques clairement reconnues par l'ensemble des personnes raisonnables impliquées au sein d'une activité, peu importe leurs croyances, leurs préférences ou leurs valeurs.

L'une des menaces aux libertés expressives des universitaires émane de la tentation de certains de mobiliser à leurs fins les préceptes de l'éthique de la recherche pour les faire correspondre à leurs prétentions. Les normes prétendant exprimer ce que sont les « bonnes pratiques » peuvent procurer d'utiles indications de ce qui constitue un comportement raisonnable au regard de la loi. Mais il est dangereux de se mettre à imposer une vision de l'éthique à l'exclusion des autres conceptions qui peuvent constituer des approches tout aussi raisonnables de se comporter. En raison du caractère confidentiel des décisions relatives à l'éthique de la recherche, il est difficile d'illustrer ces situations. Il y a quelques années, une de mes collègues, professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal qui démarrait une enquête sur les pratiques des banques dans leurs relations avec les consommateurs, s'est fait dire lors d'une évaluation réalisée dans le cadre de l'application des règles d'éthique de la recherche qu'une méthode de collecte d'information pourtant admise dans les enquêtes journalistiques portant sur des matières d'intérêt public était de nature à porter préjudice aux banques!

La tentation de confondre les préférences éthiques de certains avec les véritables exigences de respect des lois peut se révéler problématique lorsque ce type de décisions peut avoir pour effet de rendre impossible un projet de recherche ou une activité pédagogique.

En raison du principe même de la liberté d'expression, l'évaluation d'une activité académique au regard des principes éthiques doit s'inscrire dans une démarche qui tient compte de la pluralité des conceptions qui coexistent au sein de l'institution universitaire.

Dans une société pluraliste, il coexiste plusieurs façons d'envisager ce qui constitue un propos ou une démarche responsable. Il est difficile de prétendre au pluralisme lorsque tous sont en pratique forcés d'adhérer aux mêmes visions de ce qui constitue une démarche ou un propos correct.

Les conceptions éthiques diffèrent selon les visions qui coexistent à l'égard de ce qui est constitutif de pratiques correctes. Dans les sociétés démocratiques, il coexiste en effet une pluralité de visions sur ce qui doit être considéré comme conforme à la prudence et à la diligence.

Importer dans le raisonnement juridique visant à déterminer si un comportement est fautif une seule de ces conceptions éthiques sans considérer les autres, équivaut à imposer à tous la même éthique. Cela est difficile à concilier avec le pluralisme dont se réclament les universités démocratiques.

Lorsque les règles se réclamant de l'éthique reposent sur une vision restreinte de la liberté d'expression, l'importation des valeurs qui les sous-tend engendre des limitations à la liberté d'expression qui peuvent se révéler déraisonnables. Pour être compatible avec la liberté d'expression, le procédé utilisé afin de déterminer s'il y a faute doit refléter le pluralisme des différents points de vue qui coexistent à l'égard d'un enjeu. En considérant l'ensemble du spectre des opinions à l'égard des pratiques en cause, il devient possible de garantir que l'on n'importe pas dans le champ des règles de droit, une seule des conceptions éthiques à l'exclusion des autres.

Selon une telle approche, c'est uniquement lorsqu'il est établi que le comportement d'un locuteur est considéré contraire à l'éthique, d'après un ensemble convergent d'opinions qui coexistent dans le milieu universitaire, qu'il est raisonnable de conclure à la faute civile.

Pour établir l'existence d'une faute, il faut apprécier la mesure dans laquelle le comportement observé se situe sur un continuum de raisonabilité. Plutôt que de se fonder uniquement sur un seul code volontaire ou sur une seule expertise, il faut exiger la démonstration que le procédé utilisé est réprouvé par l'ensemble de la communauté avant de le déclarer fautif.

Ainsi formulée, la démarche permettrait d'éviter d'imposer une éthique uniforme, même à des locuteurs qui souscrivent à d'autres valeurs que celles d'une partie du milieu. Une telle approche reflète les impératifs de la liberté et du pluralisme. Malheureusement, il existe des tendances à accorder beaucoup de place aux revendications de ceux qui se plaignent de propos controversés. C'est ainsi qu'on a vu une professeure écartée de son enseignement pour avoir cité le titre [du livre de Pierre Vallières, « Nègres blancs d'Amérique »](#) ou une autre qui a été sanctionnée pour avoir utilisé un mot jugé tabou dans le cadre de son enseignement¹¹. Dans l'un et l'autre de ces cas, on ne reprochait pas aux professeures d'avoir invectivé qui que ce soit. On leur reprochait seulement d'avoir utilisé un mot.

Le même type de dérive est à déplorer à l'égard de ce qui a trait au droit à la vie privée.

b) La portée étendue du droit à la vie privée

Selon une vision étendue du droit à la vie privée, on peut assimiler à du harcèlement une activité expressive qui indispose une personne. Une telle vision démesurément extensive de la notion de vie privée n'a pas à ce jour été confirmée par les tribunaux, mais elle paraît avoir des adeptes en certains milieux.

Mais lorsqu'on examine certains développements prenant appui sur une revendication de respecter le droit à la vie privée, il y a de quoi s'alarmer. Par exemple, dans *Québec (Curateur public) c. Bell Média inc.*¹², le Curateur public du Québec a réussi à obtenir une ordonnance d'injonction provisoire afin de suspendre la diffusion d'un documentaire relatant les crimes commis par un patient confié à sa garde, même s'il s'agissait essentiellement de diffuser des faits qui avaient été licitement diffusés lors d'un procès public qui s'est soldé par une déclaration relative à l'état mental du prévenu. Certes, l'ordonnance provisoire a été levée lorsque le tribunal a eu l'opportunité d'entendre l'affaire de façon plus approfondie¹³. Mais l'effet inhibiteur découlant de la possibilité d'obtenir si facilement une ordonnance censurant la diffusion d'informations publiques a quelque chose de préoccupant.

Dans la même veine, certains organismes ayant mandat de protéger les données personnelles invoquent une décision de la Cour de justice de l'Union européenne rendue en 2014¹⁴ prévoyant que les individus ont le droit de réclamer le déréférencement des documents licites qui apparaissent dans les résultats de recherche sur Internet.

Cela vise les résultats obtenus après une recherche effectuée sur la base du nom d'une personne. Comme l'information qu'il s'agit d'occulter ne contrevient à aucune loi, elle demeure toujours accessible en ligne en effectuant une recherche sur d'autres termes ou en consultant directement le site source. En somme, la censure vise à limiter l'efficacité des recherches.

Certains vont même jusqu'à préconiser que les moteurs de recherche ne devraient pas informer les chercheurs que des liens vers des documents ont été supprimés pour faire suite à une demande d'un individu. Certains vont même jusqu'à réclamer que les notices soient publiées de façon à protéger ceux qui ont réclamé la suppression de liens contre de possibles déductions « incorrectes » de la part des chercheurs¹⁵.

De même, les informations à caractère public sont en principe de libre parcours¹⁶. Comme elles n'entrent pas dans le domaine de la vie privée, il devrait être en principe licite d'y accéder, de les traiter et de les diffuser. En contexte démocratique, les informations publiques sont de libre parcours sauf si on en fait un usage abusif.

Invoquant l'efficacité des moteurs de recherche qui peut produire un effet d'amplification des effets inhérents au caractère public de l'information, on en vient à postuler que les moteurs de recherche compilent des données personnelles. Les risques hypothétiques que certains regroupements d'informations sur des personnes puissent engendrer des intrusions défavorables permettent de justifier des demandes pour un régime juridique qui nie pratiquement le caractère public des informations dès lors qu'un individu se met à penser que cela présente un risque de l'affecter.

Ce souci de maintenir une « obscurité » pratique peut fonder la mise en place de régimes juridiques encadrant certaines fonctions de recherche étendues. Au Québec, cette tendance est illustrée par l'article 24 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*¹⁷ qui peut trouver application à l'égard de certains moteurs de recherche. Il se lit comme suit :

L'utilisation de fonctions de recherche extensive dans un document technologique qui contient des données personnelles et qui, pour une finalité particulière, est rendu public, doit être restreinte à cette finalité. Pour ce faire, la personne responsable de l'accès à ce document doit voir à ce que soient mis en place les moyens technologiques appropriés.

Cette disposition reflète une tendance à promouvoir l'occultation de documents ayant pourtant a priori un caractère public. L'article 24 vise des informations qui ont un caractère public; non les renseignements à caractère privé. Il permet de restreindre l'utilisation des fonctions de recherche extensive à l'égard des documents technologiques comportant des données personnelles et rendues publiques pour une finalité particulière. On veut ainsi éviter, par exemple, les consultations de banques de données à l'aide de moteurs de recherche, afin de repérer des données personnelles pour des fins « autres » que celles pour lesquelles elles ont été diffusées au public.

On peut supposer que ce genre de mesure se justifie du fait que dans l'univers des documents sur papier, la recherche est souvent longue puisque les documents publics doivent être examinés un à un. Pour les documents technologiques, susceptibles de recherches automatisées, les possibilités de recherche sont démultipliées, ce qui peut porter certains à craindre des abus. Devant cette possibilité hypothétique d'abus, la solution retenue est d'imposer la mise en place de moyens technologiques pour assurer la protection des données personnelles contenues dans ces documents publics. Et cette protection est de limiter l'accès uniquement aux fins pour lesquelles un document est rendu public, comme si ces fins étaient connues et spécifiées.

La disposition est difficile à appliquer car elle postule qu'il est possible de déterminer les finalités du caractère public d'une information. Il est difficile de concevoir comment une telle démarche est possible sans porter un jugement *a priori* sur la légitimité de certaines recherches. Il y a aussi la difficulté de déterminer, en l'absence de texte législatif, ce qui constitue la finalité du caractère public d'une information. Il est absurde d'imputer une finalité au caractère public d'une information, alors que la loi applicable ne comporte aucune indication quant à la finalité que viserait le caractère public de l'information qui est en cause.

Lorsqu'une information est à caractère public, elle est de libre parcours, sauf à démontrer qu'on en fait un usage fautif ou contraire à une loi. On ne peut présumer, sans nier le caractère public d'une information, qu'une information publique ne doit servir qu'à certaines fins et pas à d'autres. La seule limite légitime à l'usage d'une information à caractère public est le caractère abusif de l'usage : postuler *a priori* que des usages seraient abusifs laisse fort peu de place au droit à l'information¹⁸.

c) La portée étendue des lois « anti-discrimination »

L'absence de l'exigence de démontrer une intention de discriminer ou de harceler dans les lois anti-discrimination ou anti-harcèlement introduit un risque additionnel pour les libertés expressives.

Se fondant sur la règle selon laquelle l'intention de discriminer ou de harceler n'est pas pertinente pour apprécier si le propos contrevient aux législations visant à lutter contre la discrimination et le harcèlement, certains sont enclins à revendiquer que dès lors que le propos est ressenti comme harcelant ou discriminatoire, il est légitime de l'interdire¹⁹.

Or, si on peut comprendre que dans le cadre d'une situation interpersonnelle, la nécessité de sanctionner le propos discriminatoire visant un individu spécifique peut justifier de ne pas exiger que le locuteur ait eu l'intention de discriminer, il en va autrement dans le cas des propos portant sur des enjeux collectifs. Lorsque le propos porte sur un enjeu à caractère collectif, il paraît excessif de considérer qu'il peut être harcelant ou discriminatoire, et ce, sans égard à l'intention de son auteur.

À ce jour, les dispositions anti-discrimination énoncées dans la *Charte des droits et libertés de la personne* ont fait l'objet d'une interprétation large qui ne laisse pas une grande place à la liberté de discuter des enjeux collectifs ou sociétaux associés aux controverses publiques.

Le Tribunal des droits de la personne a maintes fois expliqué que des propos désobligeants fondés sur l'une de ces caractéristiques peuvent constituer une discrimination au sens de cette disposition. Il a rappelé que la prohibition des propos discriminatoires est étroitement liée au droit à la sauvegarde de la dignité, de l'honneur et de la réputation, garantie par la Charte. Conjuguée à la disposition interdisant la discrimination, il en découle un interdit de déconsidérer une personne ou un groupe de personnes en raison d'une caractéristique personnelle. L'intention de discriminer n'est pas un facteur pertinent dans l'application de ces interdictions.

Mais dans la quasi-totalité des affaires à ce jour rapportées, il s'agissait de propos qui étaient adressés directement à la personne visée. Par exemple, un superviseur apostrophe un employé en invoquant son origine ethnique, sa religion ou son handicap. À l'égard de pareils propos adressés directement à la personne visée, les tribunaux ont pris pour acquis qu'il n'est pas nécessaire, pour conclure qu'un propos est discriminatoire, de se demander si celui qui le prononce a l'intention de discriminer l'individu qui est visé.

On peut se demander s'il n'y a pas une distinction à faire entre, d'une part, les propos directement adressés à une personne et qui indiquent une discrimination à son égard et, d'autre part, les propos évoquant une caractéristique personnelle à l'égard de laquelle il est interdit de discriminer, mais qui sont prononcés dans le cadre d'un propos dans lequel des personnalités publiques sont caricaturées ou autrement critiquées. Car lorsqu'il s'agit de débattre des idées et des enjeux du caractère collectif, la définition extensive de ce qui peut être tenu pour constituer un propos harcelant apparaît difficile à concilier avec la liberté d'expression. Traiter le propos qui vise la collectivité ou un enjeu sociétal de la même manière que celui qui est adressé directement à un individu induit un risque important d'inhiber la faculté de s'exprimer à l'égard de questions concernant la collectivité.

Faute d'une distinction au fondement plus explicite, il subsiste un flou de nature à entretenir un effet inhibiteur injustifié pour tout propos qui aborderait des enjeux reliés aux groupes protégés contre la discrimination par les lois. Une telle sévérité des lois générales restreignant la liberté d'expression réduit grandement l'espace de manœuvre au sein duquel les universitaires peuvent communiquer leurs hypothèses, leurs analyses et leurs conclusions.

2.2 Les limites découlant des réglementations universitaires

Les exigences inhérentes aux missions universitaires peuvent nécessiter des restrictions aux libertés expressives. Mais de telles restrictions doivent être rigoureusement justifiées. On imagine mal en effet que les universités disposeraient de capacités plus étendues que les législateurs eux-mêmes pour restreindre les libertés garanties par la Constitution.

On peut d'ailleurs se demander pourquoi le souci d'assurer la protection de la liberté d'expression semble avoir pris si peu de place dans les analyses et réflexions ayant conduit à la mise en place du cadre réglementaire de l'éthique de la recherche en milieu universitaire. L'auteur Philip Hamburger écrit, à l'égard des *Institutional Review Boards* des universités américaines que :

In response to anxieties about the academic study of human beings, Health and Human Services has led the federal government in imposing licensing of speech and the press on "human-subjects research." The government carries out this licensing through Institutional Review Boards--what are known as "IRBs." Although not familiar to the general public, these boards exist at all universities and most other research institutions, and they license and suppress much talking, reading, analyzing, printing, and publishing.²⁰

Car lorsqu'il s'agit de recherches portant sur les sujets humains ou même sur les animaux, les universités appliquent une réglementation particulièrement contraignante et peu sensible aux impératifs de la liberté d'expression. La réglementation de la recherche se fonde sur une noble intention. Au cours du 20^e siècle, il y a eu plusieurs scandales impliquant des universitaires. Des chercheurs qui ont triché ou pire, ont fait fi de la dignité humaine et de la santé des populations en menant des recherches sur le compte de bailleurs de fonds, comme les fabricants de produits du tabac ou les producteurs d'amiante. Ces dérives ont motivé les organismes qui financent les recherches, de même que les institutions universitaires, à mettre en place un cortège de règles destinées à garantir le déroulement des recherches selon de hauts standards éthiques.

C'est ainsi que dans les universités, le moindre projet de recherche comportant des impacts sur des sujets humains ou des animaux doit faire l'objet d'un examen par des comités d'éthique à la recherche. Sans certificat émanant de ces comités, impossible de démarrer une recherche. En théorie, ces exigences permettent de garantir un équilibre entre les bienfaits espérés d'une démarche de recherche et les risques auxquels elle pourrait exposer des personnes vulnérables. Mais les réglementations de l'éthique de la recherche vont souvent bien au-delà du souci de protéger la dignité humaine.

Les universités ont choisi de jouer le jeu de la réglementation de l'éthique de la recherche en imposant aux chercheurs des pesanteurs bureaucratiques. Par exemple, on évoque régulièrement les exigences tatillonnes et parfois caricaturales au sujet de l'obligation de requérir le consentement des personnes impliquées dans une recherche, indépendamment du fait que plusieurs d'entre elles n'ont rien des caractéristiques des personnes vulnérables. Les universités ont souvent multiplié les formalités au point de retarder le déroulement des projets et décourager les chercheurs d'aborder des sujets susceptibles de heurter les bureaucraties qui se sont autodésignées comme gardiennes de l'orthodoxie.

Il y a là un processus gravement inhibiteur. Plusieurs recherches ayant le moindre rapport avec des personnes humaines sont en pratique impossibles sans autorisation préalable de comités qui, non seulement échappent à l'obligation de motiver avec rigueur leurs décisions, mais sont souvent dispensés d'accorder la moindre attention aux exigences de respect de la liberté d'expression et du droit fondamental de parler aux individus concernés par une situation.

Pourtant, les restrictions aux libertés garanties doivent nécessairement découler de la loi et ne peuvent imposer que des limites qui sont jugées raisonnables et justifiables dans une société libre et démocratique.

Pour l'heure, il faut prendre pour acquis que la non-application de la Charte canadienne des droits et libertés aux universités a rendu problématique les contestations des réglementations universitaires fondées sur des arguments d'incompatibilité avec les droits constitutionnellement garantis. Comme le démontre la professeure Noura Karazivan, les universités ne sont pas considérées comme un acteur gouvernemental, bien qu'elles procèdent de pouvoirs conférés par des lois qui affectent les droits des personnes qui s'y trouvent²¹.

a) Les limites doivent être précisées dans des textes

La liberté d'expression ne peut être restreinte que par une règle de droit, c'est-à-dire une norme susceptible d'être connue des personnes auxquelles elle doit s'appliquer. Or, il se trouve que les milieux académiques sont en partie régis par des normes implicites. La normativité découlant des cultures des différents milieux académiques peut comporter des exclusions de certains types de discours ou accroître les risques associés au traitement de certaines questions.

C'est dire l'importance de processus qui assurent la transparence et surtout obligent à expliquer les décisions excluant certains discours. C'est à ce titre que plusieurs processus réglementaires se réclamant de l'éthique de la recherche sont critiquables. En voulant préconiser, voire imposer une conception du bien, certaines façons de faire sont à risque d'engendrer la prohibition de ce qui est peut-être perçu comme dérangeant pour certains.

Le respect de la mission des universités comme lieux de protection des libertés expressives suppose que celles-ci prennent la peine d'explicitier les règles qui régissent le discours au sein de l'institution. L'exigence de formulation des règles limitant le discours est une façon de rendre effectives les garanties des libertés expressives au sein des institutions. Cela est d'autant plus nécessaire qu'une portion croissante de l'activité universitaire emprunte désormais des environnements et plateformes qui recèlent par défaut des normes limitant certains types de discours.

Les règles doivent reposer sur des fondements rationnels. Il n'est généralement pas suffisant de proclamer *ex cathedra* qu'un propos engendre des inconforts ou des préjudices pour justifier de l'interdire.

Maintes fois, le respect des droits des autres est mis de l'avant pour fonder des justifications de limites aux activités expressives. Par exemple, on va invoquer le droit des personnes à leur sécurité pour censurer un propos qui serait de nature à alarmer des individus. Ce type de normes pose difficultés lorsqu'elles proviennent de revendications qui ne reposent pas nécessairement sur des droits clairement établis. Par exemple, les revendications se réclamant du droit de ne pas être soumis à un environnement « hostile » font référence à un droit qui a trop souvent des contours difficiles à saisir. Dès lors que les intérêts mis en cause sont relatifs aux sensibilités des individus, il devient difficile de délimiter les contours de tels droits.

Cela n'empêche toutefois pas les tribunaux de se montrer sensibles aux allégations de préjudices individuels pouvant découler des activités expressives des autres. Dans *Québec (Curateur public) c. Bell Média inc.*, la Cour supérieure du Québec a certes au final rejeté la demande de Curateur au nom d'un condamné à l'égard duquel on soutenait qu'il pouvait subir des préjudices de la diffusion d'un documentaire relatant les crimes qu'il avait commis et pour lesquels il a été jugé non criminellement responsable en raison de son état mental. Mais au stade de la demande d'injonction provisoire, le juge a tout de même retenu comme suffisamment plausibles les préjudices appréhendés par un expert et n'a pas hésité à interdire provisoirement la diffusion d'un épisode d'une série télévisée documentaire. Dans cette affaire, la seule expertise considérée émanait d'une personne qui n'avait pas la moindre connaissance de ce qu'implique la censure préalable d'une émission relatant des faits et gestes connus du public et faisant partie du domaine public.

Les universitaires se trouvent à la merci de ce type de censure fondée sur des expertises partielles ou partiales. Voilà une raison à elle seule suffisante pour justifier les règles internes obligeant les universités à prendre fait et cause pour leurs professeurs et chercheurs lorsqu'ils sont l'objet de recours de ce type.

Il existe dans différents milieux, y compris les milieux universitaires, des discours argumentant que certains propos peuvent engendrer des préjudices. Il a beau être difficile de démontrer le lien causal entre une activité expressive et un préjudice spécifique, plusieurs groupes brandissent l'existence de préjudices réels ou appréhendés pour justifier de restreindre des activités expressives. Dans la société contemporaine, il suffit souvent de se positionner comme victime pour convaincre de la réalité d'un préjudice allégué.

Or, admettre de restreindre l'activité expressive en se fondant sur de tels argumentaires rend extrêmement difficile de respecter l'exigence de prévisibilité et d'intelligibilité des mesures limitant l'expression.

Lorsqu'on concède qu'il est possible de condamner un propos, dès lors que celui-ci est « ressenti » comme préjudiciable, il est difficile pour un locuteur d'identifier les balises au-delà desquelles il devrait éviter d'aller. En l'état actuel du droit, il n'y a pas de façon de trouver un motif raisonnable de limiter la liberté d'expression en se fondant sur un critère aussi subjectif que ce que « ressent » une personne qui se trouve exposée à un propos.

Le droit actuel ne reconnaît pas que le propos simplement ressenti comme « perturbateur » est en lui-même susceptible d'être puni. Pour être punissable, le propos dommageable doit découler d'une faute ou contrevenir à une norme connue ou pouvant être raisonnablement l'être. Les universités feraient fausse route en mettant en place des processus qui se limiteraient seulement à répondre aux demandes de censure sans en évaluer le bien-fondé au regard de la garantie de la liberté d'expression.

Au contraire, il faut appliquer une démarche systématique fondée sur le principe que les seuls propos qui peuvent être punis ou proscrits sont ceux qui sont prohibés par les lois. Pour décider de supprimer un propos, il importe en effet de se fonder sur des raisonnements cohérents. Ce sont les lois qui déterminent que tel propos est interdit ou punissable. En dehors de ce qui est prévu par les lois, il n'y a pas de repères prévisibles et légitimes pour justifier la suppression d'une activité expressive. Lorsqu'on se met à acquiescer à toutes sortes de revendications pour supprimer ou punir sans se demander si le propos est effectivement interdit par la loi, on est vite entraîné dans le tordeur de l'arbitraire. Les lois existent pour déterminer ce qu'il convient de faire lorsqu'une activité expressive pose problème. Elles mettent en équilibre les enjeux de libre circulation de l'information et les autres intérêts qui peuvent se trouver mis à mal par une activité expressive.

Face à une demande de suppression d'un propos ou de punition pour l'avoir tenu, il faut en premier lieu identifier la règle qui permet de sévir. La liberté d'expression ne peut être limitée que par une règle de droit. De telles règles ne peuvent imposer que des limites raisonnables et justifiables dans une société libre et démocratique. En outre, au Québec, les entreprises et les institutions sont tenues de respecter la *Charte des droits et libertés de la personne* qui affirme notamment la liberté d'expression et le droit à l'information « dans la mesure prévue par la loi ». Ces garanties imposent une première ligne de conduite à tenir lors d'une demande de supprimer un contenu ou de punir une activité expressive. La première réponse que devrait faire une université qui reçoit une telle demande devrait être de demander qu'on lui explique en quoi le propos contrevient à une loi.

Lorsque le propos contesté ne contrevient pas aux lois, l'université confrontée à une demande de suppression doit expliquer qu'il n'y a pas de fondement pour supprimer ou punir le propos visé. Évidemment, ceux qui réclament la suppression de propos peuvent être dirigés vers les élus auprès desquels ils pourront

revendiquer l'adoption d'une loi qui viendrait prohiber le propos qu'ils trouvent inadmissible. Il leur faudra alors convaincre les élus et éventuellement les juges, dans le cadre de débats publics, qu'un tel interdit constituerait une limite raisonnable pouvant se justifier dans une société libre et démocratique.

Seuls les propos qui contreviennent à une loi peuvent être interdits ou supprimés. Mais le droit de critiquer tout ce qui est diffusé est lui aussi garanti. Les universités peuvent à cet égard rappeler à ceux qui revendiquent la sanction ou la suppression d'un propos que leur liberté d'expression est aussi garantie. Ils ont pleine liberté de dire que le propos est à leurs yeux condamnable, de le réfuter et même de préconiser qu'il soit supprimé. Mais cette liberté de critiquer ne vas pas jusqu'à les investir d'un droit de veto sur la diffusion de propos dont le seul tort est d'exprimer quelque chose qui leur déplaît.

Enfin, il convient de se demander si, compte tenu du contexte de sa diffusion, le contenu visé peut affecter négativement certaines personnes. Il pourra alors être opportun d'y apposer une mention afin d'informer l'audience des caractéristiques du propos. Dans cet esprit, l'institution peut adopter des bonnes pratiques afin de promouvoir la civilité dans les expressions d'opinions. Mais si la civilité est à encourager, elle ne se décrète pas.

b) Un processus équitable

Des limites doivent être délimitées soigneusement en fonction des seuls préjudices spécifiquement identifiables. Comme le rappelle la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Trinity Western University c. Barreau du Haut-Canada* :

Selon le cadre d'analyse établi dans les arrêts Doré et Loyola, la décision administrative qui fait intervenir un droit garanti par la Charte sera raisonnable si elle est le fruit d'une mise en balance proportionnée de la protection conférée par la Charte et du mandat confié par la loi (voir Doré, par. 7; Loyola, par. 32). La cour de révision doit être convaincue que la décision « donne effet autant que possible aux protections en cause conférées par la Charte compte tenu du mandat législatif particulier en cause » (Loyola, par. 39). Autrement dit, la protection conférée par la Charte doit être restreinte « aussi peu que cela est raisonnablement possible eu égard aux objectifs particuliers de l'État » (Loyola, par. 40). Lorsqu'une décision fait intervenir la Charte, les concepts de raisonnablement et de proportionnalité deviennent synonymes. En clair, une décision qui a une incidence disproportionnée sur des droits garantis par la Charte n'est pas raisonnable.²²

La qualité des processus de décision au sein des institutions est donc une condition importante de la raisonnablement des limites qui pourraient être imposées aux libertés expressives de tous ceux qui y travaillent. À cet égard, il convient de conserver une attitude critique à l'égard des revendications tendant à limiter l'activité expressive.

c) Les limites doivent être justifiées

Il faut identifier un objectif urgent et réel pour fonder la raisonnablement d'une limite à une liberté protégée. Les revendications pour des « espaces sûrs » vont beaucoup plus loin : elles portent habituellement sur des propos qui en eux-mêmes ne contreviennent à aucune loi. Par exemple, préconiser de réduire ou de limiter les droits des personnes appartenant à certains groupes ostracisés est assurément un discours avec lequel plusieurs seront spontanément en désaccord. Toutefois, il ne peut être interdit par la loi ou par une décision d'une autorité publique que s'il s'agit d'une limite raisonnable justifiable dans une société démocratique.

Est-ce que le fait que certains peuvent ressentir de l'inconfort à voir ou entendre un discours ou même de ressentir de la détresse du seul fait de savoir que de tels propos sont diffusés est un motif suffisant pour justifier la censure ? Si on répond par l'affirmative à une telle question, il n'y a plus réellement de liberté d'expression. Dès qu'est signalée une situation d'inconfort, il deviendrait possible de supprimer l'expression. Le seul fait qu'un désaccord soit exprimé en forme de malaise serait suffisant pour légitimer la censure au sein d'une université.

d) Les limites doivent être proportionnées

Même en admettant que les universités assument une certaine obligation d'assurer la sécurité des personnes qui y œuvrent, que ce soit à titre d'étudiant ou à titre de professeur, il faut garder à l'esprit qu'en dehors des activités académiques créditées, nul n'est tenu d'assister ou de prendre part à une activité expressive. Dans la plupart des situations, les personnes qui estiment qu'un discours est de nature à les inconforter conservent la possibilité de ne pas aller l'écouter ou le voir.

Pour convaincre du caractère proportionné des limites, il faut démontrer l'absence de mesures alternatives à celles de la censure. D'où l'intérêt de préconiser des solutions de type « more Speech » axées sur l'ouverture et l'accroissement du cercle de celles et ceux qui sont habilités effectivement à prendre la parole.

Tout en postulant que le droit de ne pas être offensé n'existe pas dans les sociétés ouvertes, on peut convenir avec Jocelyn Maclure que la protection de la liberté d'expression ne dispense pas de la nécessité de cultiver des réflexes de compassion à l'égard de ce que ressentent les autres²³. Mais cela relève d'un devoir éthique que chacun est libre d'observer. On ne voit pas comment il pourrait fonder une mesure institutionnelle supprimant la liberté d'expression.

Conclusion

Les universités, en tant qu'espaces d'expression, sont vulnérables aux lois d'application générale qui sont susceptibles d'être invoquées par un vaste ensemble de groupes qui peuvent avoir intérêt à entraver la production et la diffusion du savoir et surtout des propos critiques pouvant nuire à divers intérêts. À cet égard, le caractère trop étendu de certaines lois, notamment en matière de diffamation de protection de la vie privée ou de lutte à la discrimination, est susceptible d'engendrer des effets inhibiteurs.

À l'interne, les réglementations universitaires peuvent généralement découler des règles adoptées par les instances habilitées au sein de l'institution. Dans la mesure où ces instances sont de plus en plus soumises à l'influence de groupes d'intérêt externes, il y a des risques réels que les directions d'universités soient tentées de mettre en place des règles qui pourraient restreindre les libertés expressives en appliquant un réflexe de protéger la « marque » corporative de l'institution. Ainsi, comme l'a montré l'épisode des revendications afin de sanctionner le professeur Andrew Potter, lorsque pour répondre aux pressions et aux vindictes populaires ceux qui ont pour tâche de gérer une institution universitaire se mettent, au nom de l'institution, à approuver ou à désapprouver les propos ou les écrits de l'un ou l'autre des chercheurs ou professeurs, le risque s'accroît que s'installe un régime selon lequel les propos doivent être « autorisés » par les gestionnaires. Alors, la liberté universitaire recule²⁴.

Déjà, certaines applications des réglementations se fondant sur l'éthique de la recherche ont parfois été mobilisées afin de restreindre la capacité des universitaires à mener des projets de recherche qui auraient pu être susceptibles de rendre inconfortables certains groupes d'intérêts.

Au sein même de la communauté universitaire, des pressions se manifestent afin d'exclure certains types de discours au nom de revendications en faveur de droits encore peu ou mal délimités. C'est dire l'importance de processus décisionnels à la fois inclusifs et indépendants pour débattre et adopter des règles pouvant engendrer des impacts sur l'activité expressive au sein des universités.

Au total, ces enjeux appellent une reconnaissance de la liberté d'expression en tant que principe directeur de la gouvernance universitaire. Sans la capacité pour les communautés universitaires de structurer l'institution de manière à accroître la liberté d'expression, celle-ci est à risque d'être marginalisée à la manière d'un privilège de quelques-uns.

Bibliographie

Baillargeon, N. (2019). Liberté surveillée, quelques essais sur la parole à l'intérieur et à l'extérieur du cadre académique. *Politiques et sociétés*. 272.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gabriel et autres) c. Ward. (2016). QCTDP 18 (CanLII). Disponible à <http://canlii.ca/t/gsmg2> au par. 80.

Data Protection Working Paper. (2014). Guidelines on the Implementation of the Court of Justice of the European Union Judgment on “Google Spain and Inc. v. Agencia Espanol de Proteccion De Datos (AEPD) and Mario Costeja Gonzalez”. Disponible à https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp225_en.pdf, consulté le 29 août 2019.

« Deux enjeux professionnels sensibles ». (2010). *Les Cahiers pédagogiques*. (482). 48.

Fortier, M. (2020). « Le milieu universitaire dénonce une attaque contre la liberté académique ». *Le Devoir*. Disponible à <https://www.ledevoir.com/societe/education/588098/le-milieu-universitaire-denonce-une-attaque-contre-la-liberte-academique>

Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) (2014). Mario Costeja González. Disponible à <http://curia.europa.eu/>

Hamburger, P. (2014). IRB Licensing dans Who's Afraid of Academic Freedom. *New York: Columbia University Press*. Disponible à <https://ssrn.com/abstract=2314538>

House of Commons, House of Lords, Joint Committee on Human Rights. (2018). Freedom of Speech in Universities. *Fourth Report of Session 2017-2019 Report*. House of Commons. 13.

Karazivan, N. (2016). « Qualifier ou Graduer ? L'application de la Charte canadienne des droits et libertés aux Universités. » *National Journal of Constitutional Law*. 36. 161-194.

Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels. RLRQ c. A-2. 1 « Un renseignement personnel qui a un caractère public en vertu de la loi n'est pas soumis aux règles de protection des renseignements personnels prévues par le présent chapitre ».

Macdonald, R.A. (1986). « Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et “inférentielle” ». *Sociologie et sociétés*. 18(1). 47-58.

Maclure, J. (2019). « L'inconfort du libéralisme : haine, offense et limites à la liberté d'expression ». *Liberté surveillée : Quelques essais sur la parole à l'intérieur et à l'extérieur du cadre académique*. Leméac. 63-97.

Québec (Curateur public) c. Bell Média inc. (2014). QCCS 4919 (CanLII). Disponible à <http://canlii.ca/t/gf10v>

Québec (Curateur public) c. Bell Média inc. (2015). QCCS 165 (CanLII). Disponible à <http://canlii.ca/t/gg2w0>

Ross c. Conseil scolaire du district no. 15 du Nouveau-Brunswick. (1996). 1 RCS 825, par 42.

Ross c. Conseil scolaire du district no. 15 du Nouveau-Brunswick. (1996). 1 RCS 825, par 45.

Salman Butt v. Secretary of State for the Home Department (2017). EWHC 2619 (QB). Disponible à <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2017/2619.html>

Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott (2013). 1 RCS 467. Disponible à <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/12876/index.do>

Shariff, S., & Johnny, L. (2006). « Cyber-Libel and Cyber-Bullying: Can Schools Protect Student Reputations and Free-Expression in Virtual Environments? ». *Education and Law Journal*. 16. 304-342.

Trinity Western University c. Barreau du Haut-Canada. (2018). 2 RCS 453. Disponible à <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/17141/index.do> au par. 35.

Trudel, P. (2012). Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, RLRQ c. C-1.1. *Introduction à la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*. Éditions Yvon Blais. 85.

Trudel, P. (2012). Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information. *Introduction à la loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*. L.R.Q.c.C 1.1., article 23. Éditions Yvon Blais.189.

Trudel, P. (2016). « Moteurs de recherche, déréférencement, oubli et vie privée en droit québécois ». (2016). 21 *Lex electronica* 89. Disponible à <http://www.lex-electronica.org/s/1535>

Trudel, P. (2017). « Le vrai danger de l'affaire Andrew Potter ». *Le Devoir*. Disponible à <https://www.ledevoir.com/opinion/chroniques/494972/le-vrai-danger-de-l-affaire-andrew-potter>

Trudel, P. (2020). « La police des mots à l'université ». *Le Devoir*. Disponible à <https://www.ledevoir.com/opinion/chroniques/588100/la-police-des-mots-a-l-universite>

593 F.3d 286. (2010). J.S. Ex Rel. Snyder v. Blue Mountain School Dist. No. 08-4138. Disponible à <http://www.ca3.uscourts.gov/opinarch/084138p.pdf> >; aussi à <http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=in%20fco%2020100204110.xml&docbase=cs1war3-2007-curr>

Endnotes

- ¹ Voir en général Baillargeon, N. (2019). Liberté surveillée, quelques essais sur la parole à l'intérieur et à l'extérieur du cadre académique. *Politiques et sociétés*. 268.
- ² Macdonald, R.A. (1986). « Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et "inférentielle" ». *Sociologie et sociétés*. 18(1). 47-58.
- ³ Voir : « Deux enjeux professionnels sensibles ». (2010). *Les Cahiers pédagogiques*. (482). 48.
- ⁴ Ross c. Conseil scolaire du district no. 15 du Nouveau-Brunswick. (1996). 1 RCS 825, par 42.
- ⁵ Ross c. Conseil scolaire du district no. 15 du Nouveau-Brunswick. (1996). 1 RCS 825, par 45.
- ⁶ Shariff, S., & Johnny, L. (2006). « Cyber-Libel and Cyber-Bullying: Can Schools Protect Student Reputations and Free-Expression in Virtual Environments? ». *Education and Law Journal*. 16. 304-342.
- ⁷ 593 F.3d 286. (2010). J.S. Ex Rel. Snyder v. Blue Mountain School Dist. No. 08-4138. Disponible à <http://www.ca3.uscourts.gov/opinarch/084138p.pdf> > aussi à http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=in%20fco%2020100204110.xml&docbase=csl_war3-2007-curr
- ⁸ Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, L.R.Q. c. C 1.1, art. 23. Voir en général sur ces questions : Pierre TRUDEL (2012), Introduction à la loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information. Éditions Yvon Blais. p. 189 et s.
- ⁹ House of Commons, House of Lords, Joint Committee on Human Rights. (2018). Freedom of Speech in Universities. *Fourth Report of Session 2017-2019 Report*. House of Commons. 13.
- ¹⁰ Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott (2013). 1 RCS 467. Disponible à <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/12876/index.do>
- ¹¹ Fortier, M. (2020). « Le milieu universitaire dénonce une attaque contre la liberté académique ». *Le Devoir*. Disponible à <https://www.ledevoir.com/societe/education/588098/le-milieu-universitaire-denonce-une-attaque-contre-la-liberte-academique> ; Trudel, P. (2020). « La police des mots à l'université ». *Le Devoir*. Disponible à <https://www.ledevoir.com/opinion/chroniques/588100/la-police-des-mots-a-l-universite>
- ¹² Québec (Curateur public) c. Bell Média inc. (2014). QCCS 4919 (CanLII). Disponible à <http://canlii.ca/t/gf10v>
- ¹³ Québec (Curateur public) c. Bell Média inc. (2015). QCCS 165 (CanLII). Disponible à <http://canlii.ca/t/gg2w0>
- ¹⁴ *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) (2014)*. Mario Costeja González. Disponible à <http://curia.europa.eu/>
- ¹⁵ Data Protection Working Paper. (2014). Guidelines on the Implementation of the Court of Justice of the European Union Judgment on "Google Spain and Inc. v. Agencia Espanol de Proteccion De Datos (AEPD) and Mario Costeja Gonzalez". Disponible à https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp225_en.pdf, consulté le 29 août 2019.
- ¹⁶ Par exemple, l'article 55 de la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, RLRQ c. A-2.1 dispose que : « Un renseignement personnel qui a un caractère public en vertu de la loi n'est pas soumis aux règles de protection des renseignements personnels prévues par le présent chapitre ».
- ¹⁷ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, RLRQ, c. C-1.1. Voir : Trudel, P. (2012). *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, RLRQ c. C-1.1. *Introduction à la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*. Éditions Yvon Blais. 85.
- ¹⁸ Trudel, P. (2016). « Moteurs de recherche, déréférencement, oubli et vie privée en droit québécois ». (2016). 21 *Lex electronica* 89. Disponible à <http://www.lex-electronica.org/s/1535>
- ¹⁹ Voir : *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gabriel et autres) c. Ward*. (2016). QCTDP 18 (CanLII). Disponible à <http://canlii.ca/t/gsmg2> au par. 80.
- ²⁰ Hamburger, P. (2014). IRB Licensing dans Who's Afraid of Academic Freedom. *New York: Columbia University Press*. Disponible à <https://ssrn.com/abstract=2314538>
- ²¹ Karazivan, N. (2016). « Qualifier ou Grader ? L'application de la Charte canadienne des droits et libertés aux Universités. » *National Journal of Constitutional Law*. 36. 161-194.
- ²² Trinity Western University c. Barreau du Haut-Canada. (2018). 2 RCS 453. Disponible à <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/17141/index.do> au par. 35. Voir aussi : *Salman Butt v. Secretary of State for the Home Department* (2017). EWHC 2619 (QB). Disponible à <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2017/2619.html>
- ²³ Maclure, J. (2019). « L'inconfort du libéralisme : haine, offense et limites à la liberté d'expression ». *Liberté surveillée : Quelques essais sur la parole à l'intérieur et à l'extérieur du cadre académique*. Leméac. 63-97.
- ²⁴ Trudel, P. (2017). « Le vrai danger de l'affaire Andrew Potter ». *Le Devoir*. Disponible à <https://www.ledevoir.com/opinion/chroniques/494972/le-vrai-danger-de-l-affaire-andrew-potter>